JOHANNIS BORCHOLTEN J.CTI CLARISSIMI ... DISPUTATIONUM ORDINARIARUM...

Johannes 1535-1593 Borcholten, Giovanni Battista Coccini

Digitized by Google

31 B

31.‘E.5.7.

Ex Bibliotheca
majori Coll. Rom.
Societ. Jesu

M

Digitized by Google

BIBLIOTECA NAZIONALE VITT. EMANUELE
13
6 B
55

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

JOHANNIS BORCHOLTEN J.Cti CLARISSIMI ET ACADEMIÆ JULIÆ quondam Ordinarij

DISPUTATIONUM ORDINARIARUM TAM IN ILLUSTRI JULIA quam alijs Academijs propoſitarum

PARS PRIMA,

Cum objectionibus & ſolutionibus nunc ſecundùm edita,

A

STATIO BORCHOLTEN, J.U.D. & Illuſtris Juliæ profeſſore publico.

Cum privilegio Sacræ Cæſariæ majeſtatis ad annos quindecim.

VVITEBERGÆ,

Sumptibus Clementis Bergeri.

Anno 1609.

AMPLISSIMIS, CONSULTISSIMIS, ET PRUDENTISSIMIS VIRIS, DOMINIS CONSULIBUS & Senatoribus, inclytæ Reipub. Magdeburgenſis, Dominis & fautoribus meis colendis.

S. D.

MIrũ equidem vobis videri poſſet, Domini & Fautores colendi, quod ignotus veſtras Amplitudines compellare non erubeſcam: Attamen ego me nec planè ignotum fore ſpero, memoriam dulciſsimi & pijſſimi parentis mei ſi veſtris Amplit. in animum revocavero, quod ſtatim futurum autumo, vbi Amplitudines veſtræ hunc præſentem librum conſpexerint: Tum etiam cauſas mei hujus propoſiti, tanti momenti eſſe confido, vt meam hanc audaciam, ſi qua ea nimia eſt, excuſare poſsint: Eas, audite, quæſo, Domini obſervandi. Venerat in hanc noſtram almam Academiam, parens meus, piæ memoriæ, venerat

vocatus ab Illuſtriſsimo, & Generoſiſsimo principe, & Domino, Domino Julio, laudatiſsimæ memoriæ, Duce Brunovicenſium & Lunæburgenſium, Clementiſsimo, prudentiſsimo, Literarum bonarum & Muſarum fautore, defenſore, & promotore ſummo, & venerat vocatus ex inclyta Repub. Roſtochienſi, patria mea dulciſsima, magno quidem eius cum Reipub. luctu, noſtræ autem huius Juliæ applauſu ſummo: Vix autem huc venerat, cum à Veſtris Amplit. conſilium eius in cauſis ſatis arduis peteretur. Apparebat tùm Veſtrarum Amplit. in viros bonos, prudentes, & doctos amor ingens, quod parentem meum non ſolùm maximis honoribus afficeretis, ſed etiam ſummis beneficijs ornaretis. Hinc tandem factum, vt ſuam Veſtris Amplit. operam locaret, & ſe quaſi totum ijſdem conſecraret. Manſiſſet quoque diutiùs veſtro in ſervitio, & facto ipſo ſui gratitudinem animi declaraſſet Amplit. Veſtris, niſi Parca invida & inſatiabilis vitæ filum, heu ſubitò

nimis,

nimis, abrupiſſet. Ergo, vt pius ille parens meus & pòſt obitum erga Veſtram Rempub. gratus videretur, ex relictis ipſius ſcriptis, ad veſtras Amplit. aliquid mittendum, & ijſdem dedicandum, & conſecrandum, cenſui. Et hæc prima eſt mei propoſiti cauſa. Ab hac quaſi dependet altera, quod ſummo ſtudio, ſummaq; opera mihi id agendum puto, vt illorum in noticiam veniam, qui parentem meum amârunt plurimùm, & magnifecerunt; Sanè id maximè opus eſt juveni mihi, qui dum in Theorico hactenus vixi ſtudio per annos plures, nunc ad finem Theoriæ, qui praxis eſt, accedere paratꝰ ſum; Ad hunc autem vt perveniam, bonorum & ſummorum virorum favor neceſſarius eſt, ſine quo vix eſt, vt aliquid magnum ſperare auſim. Equidem hac ætate noſtra ità comparatum eſt, & hi ſunt ſeculi noſtri mores, vt nemini quis proſit, niſi idem amicus ipſius ſit, & vel ſanguine junctus: Ignotum aut peregrinum, bonũ licet virum, vt quis promoveat, tantum abeſt, vt

vix illum quiſquam reſpiciat. Intelligitis Viri ſummi, quid velim, nimirum hujus libri dedicatione illud quæro, vt Veſtris Amplit. notus fiam, & favorem veſtrum aliqua ratione promerear, vnde deinceps quævis bona mihi polliceri queam. Hoc quia mihi veſtra ſuadet humanitas, quam ſummam eſſe omnes norunt, quamque ego in parẽtem meum talem perſpexi, ne vos diutius à reliquis negotijs detineam, epiſtolæ huic finem impono, & illud vnicè vnicum à veſtris Amplit. peto, vt benigna fronte hũc librum in tutelam & protectionem ſuam recipere, & eodem amore, quo parentem meũ, dum viveret, complexæ ſunt, & hunc ipſum librum, & me complecti, meaq; ſtudia promovere non dedignentur.

Valete Viri ſummi, Domini obſervandi. Ex Academia Julia Calend. Febr. An. 1597.

V. A.

Obſervantiſsimus

Statius Borcholten U. J. D. & Academiæ Juliæ profeſſor publicus.

LECTO-

LECTORI S.

Quod ad cujuslibet Docentis officium requiritur, vt omnem curam impendat, vt auditoribus ſuis & diſcentibus proſit quàm plurimùm, & eorum ſtudia promoveat, id quoq; maximè curæ fuit parenti meo, piæ memoriæ: Eius rei exemplum in præſentia habes, Candide lector, diſputationes has, quas partim in Inclyta hac noſtra Julia, partim alibi propoſuit Eas vt iu lucem mitterem, & typis committerem, duæ præcipuè cauſæ fuerunt; Prima, vt & Principi noſtro Reverendiſſimo, Illuſtriſſimo, Academiæ huius Patrono Clementiſſimo, Optimo, Maximo, & reliquis viris bonis omnibus, parentis mei pijſſimi diligentiam & aſſiduitatem notam facerem: Altera, vt apud illos, qui parentis mei opera profecerunt in ampliſſimo noſtro Iuris ſtudio, memoriam ipſius revocarem: Vtraq; harum & ad me pertinere mihi viſa eſt. Etenim, ſi Reverendiſſimus & Illuſtriſſimus noſter princeps, Dominus meus clementiſſimus, quod hactenus clementiſſimè fecit, parentis mei memor eſt, fieri non poteſt, quin & meam, & meorum curam benigniſſimam gerat; ſi illi, qui à parente meo didicerunt, ejuſdem parentis mei memoriam non depoſuerint, me quoq; vt ament, & ſi fortè opus ſit, & res ita ferat, promoveant, neceſſe eſt, niſi ingrati dici maiint;

lint; quod vitium ab omnibus bonis alieniſsimum eſt. Hæc ergò vt conſequerer, & Principis Illuſtriſsimi gratiam, & bonorum fàvorem, & vt ſimul ſtudioſæ Iuventuti prodeſſem, diſputationes has Ordinarias edere volui: Earum partem primam hîc habes, alteram nundinis proximis habebis, ſi Deus mihi vitam conceſſerit. Illud autem te præmonitum velim, Candide lector, vt ſi quid repetitum, aut bis poſitum in hoc libro inveneris, illud non ſtatim abjicias, ſed ſedulò legas. Fortè enim & in hoc aliquid novum, quod te valdè juvet, invenies: Is enim mos fuit parentis mei, vt quod in alia diſputatione jam antè poſuiſſet, id in alia ſequenti repeteret, & vel pluribꝰ fundamentis confirmaret, vel ſi alia ſententia melior ipſi videretur, corrigeret. Ego nihil addidi, nihil quoq; detraxi ſed vt à parente conſcripta ſunt omnia, ita tibi ea communico. Et ne illud tibi mirum videatur, quod quibuſdam diſputationibus annus & dies adjectus eſt, alijs non item, hoc eò factum ſcias, quod quarundam exemplaria typis excuſa habere non potui: Ea ſi ab illis, qui de ijs reſponderunt, mihi poſt hac communicata fuerint, (quod ſummoperè exoptarem) in altera editione addam. Interim hiſce, Lector optimè, vtere fruere. Vale &c.

Statius Borcholten.

A. F. D. T. O. M.

DISPVTATIO DE PACTIS PRIMA.

PRAESIDENTE IOHANNE BORCHOLTEN LVNAEBVRGENSI, AD SEQVENTES PROpoſitiones reſpondit

CASPARVR RVDOLPHI Göttingenſis,

Propoſita eſt hæc diſputatio in Illuſtri Iulia 26. Aprilis Anno Domini 1577.

Theſis prima.

COnuentio eſt ex diuerſis animi motibus in vnum conſenſus.

II.

Species conuentionis duæ ſunt: Pactum & Contractus.

III.

Pactum, de eo enim ſolo in præſenti agendum eſt, nihil aliud eſt quàm duorum pluriumúe in idem placitum conſenſus.

ARGVMENTVM I.

Definitio bona debet conuerti cum ſuo definito, nec debet eſſe latior definito. Sed Conuentionis definitio, itemque Pacti, non poteſt conuerti, & definitio ipſa, multò latior eſt definito Nam non omnis conſenſus in idem, eſt conuentio, nec etiam pa-

ctum. Pone enim duos medicos inter ſe conſentire morbum lethalem eſſe vel non eſſe lethalem, hic medicorum conſenſus in idem, non eſt conuentio, & per conſequens nec pactum. Sequitur igitur bonam non eſſe definitionem pacti & conuentionis. &c. R. Cum conuentionem definimus eſſe conſenſum in idem, vel pactum eſſe conſenſum duorum in idem, non omnem conſenſum intelligimus, ſed talem conſenſum, ex quo oritur obligatio vel naturalis & ciuilis ſimul, & tunc conuentio contractus dicitur, vel naturalis tantum, & tunc conuentio dicitur pactum. Ex pacto enim, quamuis Connanus lib. 5. ſuorum commentarior. aliter ſentiat, naturalis obligatio deſcendit, *textus eſt in l. 5. §. 1 de ſolut. ibi vſuræ dicuntur ex pacto naturaliter deberi.* Hinc etiam eſt quod vſuræ, nudo pacto promiſſæ & ſolutæ, non condicuntur, tanquam indebitæ *l. 3. C. de vſuris.* quæ omninò condicerentur, ſi ex pacto naturalis obligatio non deſcenderet, *tot. tit. de condict. indebit.* Sic etiam naturalis obligatio pacto tollitur *l. Stichum aut Pamphilum § naturalis, de ſolution.*

ALIVD.

Dicimus conuentionem eſſe conſenſum in vnum, & ſub conuentione contineri pacta & contractus. Contra ita argumentor. Contractus initur etiam tunc cum quis indebitum per errorem ſoluit, *§. is quoq; Inſtit. quib. mod. re contrahitur obligatio.* Sed qui per errorem ſoluit non conſentit, *l. ſi per errorem, de iuriſdictione, l. nihil conſenſui, de R. I.* Sequitur igitur horum duorum alterum, vel contractus omnes ſub conuentione non comprehendi, vel ſi comprehenduntur, conuentionem omnem non eſſe conſenſum. R. Imperator *in d. §. is quoq;*, initio quidem docet re contrahi obligationem ſi quis indebitum per errorem ſoluat. Verum id poſtea corrigit in fine §. his verbis, ſed hæc ſpecies obligationis, non videtur ex contractu conſiſtere, cum is qui ſoluendi animo dat, magis voluerit negotium diſtrahere quam contrahere. Et ibi magis poſitiuè ſumitur & perindè eſt ac ſi Imperator dixiſſet, qui ſoluendi animo dat, voluit diſtrahere negotium, non contrahere. Aliàs magis comparatiuè ponitur. Et hanc duplicem ſignificationem articuli magis eleganter expreſsit Diogenes Laërtius in Pyrrhone Helienſi, his verbis: αὐτὸ τὸ μᾶλλον, ἢ συγκριτικῶς ἐκφέρεται;

Digitized by Google

ται ὡς ὅταν φῶμεν, μᾶλλον τὸ μέλι γλυκὺ ἢ τὴν σαφίδα. Ποτὲ δὲ θετικῶς ἐκφέρεται ὡς ὅταν φῶμεν, μᾶλλον ἡ ἀρετὴ ὠφελεῖ ἢ βλάπτει. σημαίνομεν γὰρ ὅτι ἡ ἀρετὴ ὠφελεῖ. βλάπτει δὲ οὐ. Et quod *in d. §. is quoque* magis poſitiuè ſumatur dilucidius oſtendit Imperator *in §. item is cui quis per errorem. Inſtit. de obligat. quæ quaſi ex contractu naſcuntur.*

A L I V D.

Dicimus omnem conuentionem pactum eſſe vel contractum. Obſtat *l. vlt. de condict. cauſa dat. &c.* Ibi Titius decem dedit Sempronio vt Stichum daret. Iuriſconſultus inquit non eſſe emptionem & venditionem, quia emptio & venditio non ita fit, do tibi decem vt des Stichum, ſed ita, do tibi decem vt Stichum tradas. Hoc amplius Iuriſconſultus dicit, non eſſe portionem emptionis & venditionis id eſt, non eſſe permutationem, quia permutatio fit rebus non fit data pecunia, & ideò hoc caſu neque actio empti venditi competit, neque præſcriptis verbis, ſed competit tantum condictio ob rem dati, re non ſecuta. Ita Iuriſconſultus docet *in d. l. vltim. de condiction. cauſa data. &c.*

Ex eo nunc ita colligo: Ex hoc negotio, do tibi decem, vt Stichum mihi des, eſt tantum condictio ob rem dati, re non ſecuta. At hæc condictio non eſt ex contractu ſed ex bono & æquo *l. 3. ſed ſi ſeruus, de condictione cauſa data l. in ſumma, §. quod ob rem datur, de condiction. indebiti.* Sequitur igitur hoc negocium, do tibi decem vt Stichum mihi des, non eſſe contractum. Non etiam pactum, quia cauſa adeſt id eſt, datio, atque ita apparet non omnem conuentionem eſſe pactum vel contractum, ſed eſſe medium adhuc aliquod inter pactum & contractum. R. Iuriſconſultus ibi docet, hoc negotium do tibi decem vt Stichum des, non eſſe ciuile negotium, nec ciuili proximum, & ideò non competere actionem empti venditi, neque præſcriptis verbis. At non negat Iuriſconſultus competere actionem de dolo. Sic enim ex facio vt des non naſcitur ciuile negotium, nec ciuili proximum, & tamen ex eo datur actio, de dolo. Et præter actionem de dolo, competit etiam condictio. Et condictiones dantur tàm ex contractibus nominatis quàm innominatis.

ALIVD.

Pacti definitio conuenit contractibus. Ergò non eſt bona. R. Vt alibi reſponſum eſt.

ALIVD.

Pacti definitio conuenit tranſactioni. Ergo eſt vitioſa. R. Conuenit tranſactioni ſed non propterea eſt vitioſa. Pacti enim definitio, generis eſt definitio, quæ ſingulis ſpeciebus ſub genere contentis congruit quod ex ſimili exemplo rectius intelligetur. Cū dico hominem eſſe animal, hæc definitio eſt generis definitio, quæ ſingulis ſpeciebus ſub genere cōtentis cōuenit, vt rectè dico, Titius eſt animal, Sempronius eſt animal, Mæuius eſt animal, quod de genere homine ſcilicet dicitur, idē dicitur rectè de ſingulis ſpeciebus. Iuriſconſulti hominem genus vocant, ſingulos homines ſpecies. Sic pactum genus eſt, tranſactio ſpecies, & quod de genere pacto dicitur, eſſe conſenſum duorum in idem placitum, idem dicitur rectè de ſpecie de tranſactione.

ALIVD.

Dictum eſt tranſactionem pactum eſſe. Contra. Tranſactio eſt conuentio, & nomen habet: At pacta nomen non habent, ſequitur igitur tranſactionem non eſſe pactum. R. Pacta nomen non habent, legitimum ſcilicet & ciuile. At naturale nomen habere poſſunt & tale eſt tranſactio &c.

ALIVD.

Rurſus inſtatur. Pacta non habent cauſam, *l. iuriſgentium, de pact.* At tranſactio eſt conuentio habens cauſam, quia fit aliquo dato, retento vel promiſſo, *l. tranſactio, C. de tranſaction*: Sequitur igitur tranſactionem non eſſe pactum ſed contractum. R. Tranſactio cauſam non habet. Et quod dicitur tranſactionem nullo dato &c. minimè procedere, id duntaxat ad conuentionem referendum eſt, quæ ita fit vt aliquid detur, retineatur & promittatur. Et rectè Harmenopulus inquit, Pacto ſiue tranſactione non inducitur datio ſed id tantum agitur vt aliquid detur, verbi gratia: hæc conuentio, dabo tibi decem, vt à lite diſcedas, Pactio eſt ſiue tranſactio. Hæc conuentio do tibi decem, vt à lite diſcedas, eſt con-

contractus, quia ad conuentionem cauſa acceſsit id eſt, datio.

ALIVD.

Rurſus inſtatur. Tranſactionem contractum eſſe, *ex l. contractus C. de fide instrumentor.* Ibi Imperator inquit. Contractus venditionum permutationum & tranſactionum quos in ſcriptis fieri placuit. R. Ibi vitioſè tranſactionum legitur pro tranſactiones, & ibi alij Codices tranſactiones habent, idque à Ludouico Ruſardo ibi notatum eſt.

ALIVD.

Rurſus inſtatur *ex l. cum te tranſegiſſe C. de tranſact.* Ibi Imperator de tranſactione agit, & ita inquit, ſi de fide contractus conſtet, ſcriptura non eſt neceſſaria: Tranſactio ergò contractus eſt. R. Tranſactio fit hoc modo vt dixi, dabo tibi decem vt à lite diſcedas, & huiuſmodi conuentio, pactum eſt ſiue tranſactio. Cæterum, ſi vel ego decem tibi dedero, vel tu à lite diſceſſeris, iam conuentio in contractum tranſiuit innominatum, do vt facias. Et ſic Imperator *in d. l. cum te tranſegiſſe,* Conuentionem quæ ante pactum fuit, & per dationem vel factum paciſcentium in contractum tranſiuit, contractum rectè nominat.

ALIVD.

Definitio Pacti conſtituto conuenit, Ergò eſt vitioſa. R. Conſtitutum eſt ſpecies pacti ſicuti tranſactio; & ideò meritò definitio pacti, conſtituto conuenit. Idem de hypotheca dicendum eſt.

ALIVD.

Pacti definitio diuiſioni conuenit. Ergo eſt vitioſa. R. Non congruit diuiſioni, quia diuiſio eſt quædam permutatio rerum quæ communionem diſcernit *l. cum pater §. hereditatem, de legat. 2.* Et ſicuti ex permutatione naſcitur obligatio & præſcriptis verbis actio *l. naturalis, de præſcript. verb.* Ita quoque ex diuiſione *l. ſi fratres C. communia vtriuſq; iudicij l. ſi familia l. licet C. famil. hercíſ.* Secus eſt in pacto, ex eo obligatio non naſcitur nec actio &c.

ALIVD.

Pacti definitio, donationi videtur congruere. Igitur adhuc

Digitized by Google

vitioſa eſt. R. Donatio aut fit ſimpliciter aut ſub lege, ſiue conditione aliquâ. Quæ fit ſimpliciter, aut traditione perficitur aut pacto. Quæ traditione perficitur, non eſt contractus, non pactum, non conuentio, ſed eſt quædam mera liberalitas, quæ nullo cogente iure conceditur. *l.1. & l. donari, de donat. l. donari de R. I.* Quæ pacto, pactum eſt, non contractus. Quæ fit ſub lege aliqua, eſt contractus innominatus, vt dono tibi prædia vt me alas, hoc negotium caret nomine, ex eoque datur actio præſcriptis verbis.

ALIVD.

Conuentio & pactum ſunt idem. Igitur malè nos facimus, quod vnum nomen ab altero ſeparamus, & quod vnum altero latius, anguſtiuſque facimus. Antecedens probatur authoritate Ciceronis *in 2. de Inuentione*, & Cornificij *in 2. ad Herennium*. Pactum inquiunt eſt, quod inter aliquos conuenit &c R. Cornificius & Cicero rectè definiunt pactum conuentionem, non propterea quod pactum & conuentio ſint idem, ſed quod pactum tanquam nomen anguſtius, comprehenditur ſub conuentione generaliori verbo. Et ſicut omnis homo eſt animal, contra verò omne animal non eſt homo. Ita omnis pactio conuentio eſt, contra omnis conuentio non eſt pactio.

ALIVD.

In l. ſolent de præſcriptis verbis, pactio conuentio appellatur. Ergò non differunt. R. Per inſtantiam. Homo appellatur animal. Ergò homo & animal non differunt. Sicuti hoc abſurdum eſt dicere, Ita & illud. Et ſicuti homo rectè animal dicitur, ita pactum rectè dicitur conuentio.

ALIVD.

Iuriſconſulti ſub titulo de Pactis, cum pactionem dicere & nominare voluit, dicunt conuentionem, aut nominant conuentionem. Sequitur igitur pactum & conuentionem eſſe idem. R. Iuriſconſulti genus pro ſpecie ponunt, ſæpius in titulo de pactis, ſed id nouum non eſt; nec inde ſequitur conuentionem & pactionem eſſe idem. Sic de homine tractantes, hominem poſſumus abſolutè ani-

tè animal vocare, & tamen inde nemo dixerit, hominem & animal eſſe idem.

ALIVD.

Pactum ad nouum contractum proficit inquit Iuriſconſultus *in l. ſi vnus* §. *pactus ne peteret, de pactis, &c.* Igitur pacti appellatione continetur emptio, continetur contractus. R. Ex eo quod dicitur pactum ad nouum contractum proficere, nequaquam colligi poteſt, pactum & conuentionem eſſe idem, vel pactum & contractum eſſe idem. Sed illud Iuriſconſulti dictum, pertinet ad vim, effectum & poteſtatem pactorum. Vis & poteſtas pactorum, etiam hæc eſt, quod adiecta contractibus bonæ fidei, inſunt contractibus, ita vt contractum reforment, & quaſi renouent, & hoc eſt quod dicitur, pactum proficit ad nouum contractum.

IIII. Theſis.

Pacta primum diuiduntur in Expreſſa & tacita. Expreſſa ſunt, quæ re fiunt, hoc eſt, ſermone & tractatu inter præſentes, & inter abſentes, per Epiſtolam & per nuncium. Tacita cum paciſcentes conſenſum ſuum coràm non exponunt nec per Epiſtolam nec per nuncium.

V.

Si ergò debitori meo reddiderim cautionem ſiue chirographum, tacitè videor pactus ne peterem, profuturamque ei conuentionis exceptionem placuit.

VI.

Sic inuecta & illata in prædium vrbanum pignori ſunt locatori, etiamſi de eo nihil nominatim conuenerit.

VII.

Stipulationi quoque dotis ineſt tacita hæc pactio, ſi nuptiæ fuerint ſecutæ, & ideò ante nuptias

malè

Digitized by Google

malè petitur, quaſi ſi hoc expreſſum, fuiſſet, & nuptijs non ſecutis ipſo iure euaneſcit ſtipulatio.

VIII.

Si conuenerit item, vt donec vſuræ ſoluerentur ſors non peteretur & huic conuentioni ſtipulatio pura ſubdita fuerit conditionem & tacitam pactionem ſtipulationi ineſſe placuit, atque ſi hoc expreſſum fuiſſet, & ideò creditor donec vſuræ ſoluuntur ſortis petitionem non habet.

IX.

Similiter qui in futuros menſes vſuras à debitore accipit, tacitè pactus videtur, ne intra id tempus ſortem petat.

X.

Denique ſi acceptilatio inutilis fuit, tacita pactione id actum videtur, ne peteretur.

ARGVMENTVM I.

Abſurdum eſt vitandum. Sed quod rem accipimus pro ſermone & tractatu, hoc videtur abſurdum. Igitur illa expoſitio eſt reijcienda, & potius dicendum eſt, re fieri pacta, quæ fiunt rei alicuius traditione interueniente, vel etiam quæ fiunt tacitè, quod tamen nos in propoſitione 30. & ſeq. damnamus. R. Per rem non poſſumus intelligere, rei alicuius dationem. Ratio eſt, quia pacta cauſam id eſt, dationem vel factum non agnoſcunt, *l. iurisgentium de pact.* Non poſſumus etiam rei vocabulo intelligere, pacta tacita, id aduerſatiua oratio, quæ ponitur *in l. 2. de pact.* ſatis oſtendit. Et inſulſum eſſet dicere, Labeo ait, conuenire nos poſſe re, hoc eſt tacitè & ilicò ſubijcere, ſed etiam tacitè conſenſu conuenire intelligitur. Per rem igitur ſignificat Iuriſconſultus, ſermonem & tractatum, qui inter ipſos paciſcentes habetur. Pacta fiunt re, ſermone & tractatu habito inter paciſcentes. Et hæc expoſitio abſurda ei videri non poteſt, qui intelligit, rei vocabulum

Digitized by Google

lum variè in libris Iuris ciuilis accipi. Interdum res ſignificat litem. *l. 8. §. ſi quis poſt rem, de inoffic. teſtamento.* Et res vel lis coniunguntur *in l. ſi defunctus. C. de ſuis & legitimis.* Ac Cicero in Oratione pro Muræna oſtendit, ea de re plurimum dubitatum fuiſſe, rem an litem dici oporteret. Quandoque ſignificat nomen ſiue debitum *l. 9. rem pupilli ſaluam fore.* Nonnunquam hereditatem & emolumentum ſucceſsionis. Ita dicimus rem habere & rem auferre *l. 15. & 16. de legat. præſtand.* Significat quoque res emolumentum & commodum, vt cum dicimus tutorem in rem ſuam non poſſe authorem fieri *§. fin. Inſtit. de author. tut l. 1. Eod.* Deniq; rei appellatio latiſsimè patet, omnes res ſignificans quæ in patrimonio vel extra patrimonium ſunt *l. rei appellatio, de verbor. ſignificat.* Inde *in l. Falcidia* rectiſsimè ſcriptum eſt, quas pecunias, quaſúe res, quia rei verbum latius eſt quàm pecuniæ *l. 1. ad l. Falcid.*

ALIVD.

Epiſtola nihil aliud eſt, quàm tacitus nuncius, atque ita ab Epicteto Philoſopho dicitur in altercatione quam cum Hadriano habuit. Ergo pacta quæ per Epiſtolam fiunt, tacita pacta ſunt. R. Epiſtola dicitur tacitus nuncius, & quæ per Epiſtolam fiunt tacitè fiunt, reſpectu ſcilicet eius, qui Epiſtolam ab vno ad alium defert. Is non intelligit quid Epiſtolá contineatur. At reſpectu eorum qui per Epiſtolam inter ſe agunt & paciſcuntur, Epiſtola non eſt tacitus nuncius, & quæ per Epiſtolam fiunt, reſpectu paciſcentium per Epiſtolam, expreſsè fiunt, vterque enim paciſcentium conſenſum ſuum per Epiſtolam declarat.

ALIVD.

Nemo poteſt alteri paciſci *l. ſi tibi decem. §. ſi quis paciſcatur, de Pactis. l. quo tutela §. fin. de R. I.* Ergo nec nuncius nobis paciſci poteſt. R. Concedo totum argumentum rectè intellectum. Alteri nemo paciſci poteſt, nuncius etiam nobis non paciſcitur, ſed eſt tantum nudus miniſter pactionis quæ fit inter abſentes. Et ſicuti abſens abſenti per Epiſtolam, conſenſum ſuum exponit & declarat, ita abſens abſenti conſenſum ſuum exponit per nuncium quod ſatis euidens & clarum eſt.

Digitized by Google

ALIVD.

Si creditor debitori pignus reddat, nihilominus poterit poſtea pecuniam ſibi debitam petere *l. 3. de pactis.* Igitur videtur dicendum, quod creditor etiam poſsit pecuniam petere ſi debitori chirographum reddiderit. R. Hæc eſſe diuerſa, & à diuerſis non fieri bonam illationem. Reddito chirographo, ſors tacitè cenſetur remiſſa. At reddito pignore, ſors non cenſetur remiſſa, aut non cenſetur remiſſum debitũ. Differentiæ ratio hæc eſt. Chirographo continetur principalis obligatio. Huius obligationis παρενθήκη id eſt, acceſsio eſt quædam pignus ſicut fideiuſſor. Et quemadmodũ fideiuſſore liberato, non continuò principalis debitor liberatur *l. fideiuſſorũ. de Pactis.* Ita pignore liberato & reddito, non propterea extinguitur principalis obligatio, cuius vt dictũ eſt, acceſsio quædam eſt pignus. At chirographo reddito principalis obligatio ſoluitur, idq; tacitè actum videtur, etſi de eo nullus tractatus fuerit habitus, proptereà quod chirographũ principalem obligationem continet. Sic chirographo legato, liberatio cenſetur legata. At legato pignore, non cenſetur liberatio legata *l. 1. & 3. de liberat. legata.*

ALIVD.

Pacta non habent cauſam id eſt, pacta non ita fiunt, vt ad pactionem ſiue conuentionem datio vel factum accedat. Sed cũ chirographum redditur, tunc cauſa interuenit. R. Id nego. Hic enim nullũ eſt pactum, nulla conuentio, ad quam redditio chirographi accedat. Sed ex ipſa redditione ſumimus argumẽtũ, ſumimus iudiciũ & coniecturã tacitæ pactionis. Sic cum creditor à debitore vſuras accipit in futuros menſes ex ipſa acceptatione vſurarum ſumimus argumentum, & iudicium taciti pacti &c.

ALIVD.

Inducta in ruſticum prædium, pignori non obligantur locatori. *l. 4. in quib. cauſis pignus tacitè contrah.* Videtur igitur dicendum quod etiam inducta in prædium vrbanum, pignori non obligẽtur tacitè. R. Differentia eſt conſtituenda inter res inductas in vrbanum vel ruſticum prædium. Inducta in vrbanum prædium, tacitè obligantur pro penſionibus. In ruſticum prædium non itẽ. Sed fructus ibi nati, pignori ſunt *l. in prædijs, in quib. cauſ. pign. tacitè contrah. l. 5. C. eod.* Differẽtiæ ratio ex moribus populi Romani petenda eſt.

Sole-

Solebant apud Romanos, in prædijs ruſticis nata, pro mercede obligari *l. ſeruus communis §. locaui. de furtis.* In vrbanis autem inuecta & illata. Et quod primum in moribus fuit poſitum, poſtea in ius tranſiuit, & pro dicto fuit habitum, ſicubi dictum non eſſet.]

ALIVD.

In §. item Seruiana, Inſtit. de action. dicitur, quod Seruiana experitur quis de rebus coloni, quæ pignoris iure pro mercedibus fundi ei tenentur. Nulla igitur eſt differentia, inter res in vrbanum prædium illatas, & illas quæ inferuntur in prædium ruſticum. R. Res coloni pignoris iure tenentur pro mercedibus fundi, non tacitè ſed ex pacto, & ita §. ille accipiendus eſt, quemadmodum Theophilus ibi rectè monuit.

ALIVD.

In l. 5. C. de locato & conducto dicitur. Certi iuris eſt, ea quæ voluntate dominorum coloni in fundum conductum induxerint, pignoris iure dominis prædiorũ teneri. Quando autem domus locatur, nõ eſt neceſſaria in rebus inductis vel illatis ſcientia domini. Ecce hîc textus requirit tantum voluntatem & ſcientiam domini, quod dominus ſciuerit, inductas illatas in prædium ruſticum res coloni. Tacitè igitur obligantur inducta in prædium ruſticum, non minus quàm ea quæ in prædium vrbanum inducuntur. Et differentia in hoc tantum eſt, vtrum dominus ſciuerit res inductas eſſe vel non. In ruſtico prædio, ſcientia neceſſaria eſt, non in vrbano R. Ita vt modo dictum eſt, ſentit *gloſſ. in §. item Seruiana, Inſtit. de action. & gloſſ. ſecutus eſt Angelus Aretinus ibi num 12. Iaſon num. 54. Gomezius n. 13. Zaſius n. 16. Iohan. Baptiſta Aſinius in l. at ſi quis §. ſi colonus, de religio: & ſumptib. funerum.* Sed hæc ſententia gloſſæ & Interpp. vera non eſt, eamq; *Connan. lib. 4. commentar. c. 16. Ludouicus Charonda lib. 3. veriſimilium iuris c. 18. Corraſius in d. §. item Seruiana, & ibi quoq; Baro. Hugo Donellus de pignor. c. 4. Balduinus de pignor. c. 6. & Cuiacius in tit. de pactis,* improbarunt. Nec facit pro Interpp. *d. l. 5.* Nam ibi ſcientiam & voluntatẽ pro expreſſa conuẽtione accipere oportet.

ALIVD.

Videtur obſtare *l. in prædijs, in quib. cauſ. pign. vel hypothec. &c.* Ea lex de prædio ruſtico loquitur, & dicit omnia illata pignori eſſe. Verba hæc ſunt. In prædijs ruſticis fructus qui ibi naſcuntur, tacitè intelliguntur pignori eſſe domino fũdi locati, etiã ſi id nominatim nõ con-

Poſtea ſtatim ſubijcitur, videndum eſt ne non omnia inducta & illata, ſed ea ſola, quæ vt ibi ſint, illata fuerint, pignori ſint? quod magis eſt. Ecce inducta in prædium ruſticum pignori obligantur. R. Initium eius legis, de prædio ruſtico loquitur, ſed §. qui ſequitur ad vrbanum prædium pertinet, & inducta in vrbanum prædium pignori ſunt domino, ſi modò ita illata ſunt, vt ibi eſſent, &c.

A L I V D.

Ludouicus Charonda obijcit legem, at ſi quis. §. 1. de relig. & ſumptib. funer. Ibi Iuriſconſultus inquit. Si Colonus vel inquilinus ſit mortuus, nec ſit vnde funeretur, ex inuectis & illatis funerandus erit, & ſi quid ſuperfluum remanſerit, hoc pro debitá penſione tenebitur. Ergo inuecta & illata in prædium ruſticum tacitè obligantur. R. Nequaquam id ex eo §. colligi poteſt. Et mortuo colono, ſi non ſit, vnde domino ſatisfiat, meritò inducta & illata in ſubſidium pro debita penſione tenentur. At indè non infertur tacitè obligata eſſe inducta & illata.

A L I V D.

Obſtat l. ſi in lege locationis, §. ſi colonus. Locati. Ibi Iuriſconſultus inquit, ſi locauerit colonus fundum, res poſterioris conductoris, domino non obligantur, ſed fructus in cauſa pignoris manent. Cum Iuriſconſultus dicit, non obligari res poſterioris conductoris, hoc ſignificat, prioris conductoris res obligatas fuiſſe. R. Omninò Iuriſconſultus vult, res prioris conductoris obligatas fuiſſe. Obligatæ autem fuerunt ex pactione, quæ pactio perſonalis eſt, & ideò poſteriorem conductorem, non obſtringit. Alia ratio eſt vrbanorum prædiorum. *l. ſolutum.* §. *ſolutam. de pignor. act.*

A L I V D.

Inutilis ſtipulatio, vtile pactum non habet *l. 1. §. 1. de verbor. obligat.* Igitur inutilis acceptilatio, vtile quoque pactum non habet. R. Differentia eſt inter ſtipulationem & acceptilationem. Inutilis ſtipulatio non habet vtile pactum. At acceptilatio inutilis, pactum vtile habet. Differentiæ ratio hæc eſt. Stipulatio obliga-

tionem

tionem parit. Acceptilatio liberationem, vt ex definitione ſtipulationis & acceptilationis apparet. Et quia faciliores eſſe debemus ad liberandum quàm ad obligandum *l. Arrianus. de obligat. & action.* ideò receptum eſt, vt inutilis acceptilatio vtile habeat pactum. Stipulatio inutilis non item.

Sequuntur argumenta quædam de Vſuris.

Vſuræ primum iure diuino videntur prohibitæ. *Exodi 22. Si pecuniam mutuam dederis populo meo pauperi qui habitat tecum, non vrgebis eum, nec vſuris opprimes. Leuitici 25. Pecuniam tuam non dabis ei fœnori. Deuteron. 23. Non fœnerabis fratri tuo pecuniam nec fruges nec quamlibet aliam rem. Luca 6. Mutuum date nihil inde ſperantes.*

Secundò iure naturali. Nam res natura ſterilis, nullum parit fructum. Id contra naturam eſt. Pecunia eſt res natura ſterilis. Igitur. &c. Rurſus. Legi naturæ contrarium eſt, quod alicui non dederis, id ab eo exigere. Vbi centum mutuo dediſti, & amplius quàm centum exigis & recipis, id exigis quod non dediſti. videris igitur contra naturam facere. Adde quod exigere aliquid pro re, cuius nullus eſt vſus. Iure naturæ iniquum eſt. Pecuniæ nullus eſt vſus, maximè vbi iam conſumpta eſt. Ergò pecunia conſumpta iniquum eſt, aliquid amplius exigere. Denique Reipublicæ pernitioſa eſt vſura. Fœnerandi enim arte in Rempublicam inuecta, honeſtæ artes & ad vitam colendam neceſſariæ, deſeruntur, & vnuſquiſque ſine ſudore mauult lucrum facere, pecunias fœnori collocando, quàm in alijs rebus exercendis, magno labore victum quærere. Magnos quoque tumultus fœneratorum cupiditas ſæpè excitauit. Quare videtur dicendum vſurarios non eſſe ferendos, cum ſalus populi debeat eſſe ſuprema lex, *Cicero de legibus.*

Tertiò videntur vſuræ quoq; iure Ciuili prohibitæ eſſe, quippe iura ciuilia, dedignantur ſequi ſacros Canones. Et Baſilius Imperator, vſuras prohibuit. *Eius conſtitutio refertur ab Harmenopulo lib. 3. Epitom. tit. 7. ſed corruptè ibi Leoni adſcribitur, cum ſit Baſilij patris, vel Baſilij & Leonis ſimul.*

Cæterum his omnibus reiectis, nos vſuras licitas eſſe defendimus, *tot. tit. de vſur. in ff. & C.* Nec obſtant quæ ex ſacris literis adferuntur. Iure enim diuino vſuræ prohibentur, non lucri cauſa eius qui pecuniam dedit, ſed ne proximo noceatur, ne illũ vexemus, ne lucri noſtri cauſa illi noceamus. Deinde non aduerſantur, quæ ex iure naturæ allata fuerunt. Quod dicitur rem natura ſterilem fructum non parere, id diluendum eſt adhibita diſtinctione. Interdum nomen fructus propriè ſumitur, interdum impropriè. Propriè fructus dicuntur, qui ex reipſa naturaliter naſcuntur, ſiue per ſe & ſua natura naſcantur, ſiue tunc demum cum factum hominis intercedit. Huiuſmodi fructus, pecunia res natura ſterilis non parit. Alij ſunt fructus, qui non ex re ipſa naturaliter enaſcuntur, ſed aliàs ex re aut rei occaſione percipiuntur. Huiuſmodi fructus ſunt vſuræ, penſiones, mercedes, vecturæ iumentorum, cæteræq; obuentiones. Et tales fructus pecunia parit, talium fructuum reſpectu, pecunia nõ eſt ſterilis. Imò ſterileſcere dicitur pecunia, quæ fœnore occupata non eſt. Deinde ad alterum argumentum, Legi naturæ contrarium eſt, quod alicui non dederis id ab eo exigere, reſpondeo id verum eſſe, ſi is cui rem meam dedi, nihil ex ea lucri aut commodi percipere poteſt. Secus eſt ſi commodum ex re mea facere poteſt. Hoc caſu contra naturam non eſt, exigere quod non dedi, quod & Cicero teſtatur inquiens. Suæ vtilitati ſeruire quod ſine alterius iniuria fiat, conceſſũ eſt, nec repugnat naturæ. Ad tertium argumentum quod attinet, neganda eſt minor, Pecuniæ nullus eſt vſus vbi conſumpta eſt. Id nego, quia licet pecunia ſit conſumpta commodũ tamen vſus durat, quia eæ res perſeuerant, ea commoda, quæ inde comparauimus, ex quibus maiores fructus quotidiè percipimus. Deniq; quod dicitur Reipublicæ pernitioſam eſſe fœnerandi rationem, id de immodica fœnerandi ratione accipiendum eſt.

Tertiò non obſtant quæ ex iure ciuili adducuntur. Nã illud iura ciuilia non dedignantur ſequi ſacros canones, ad vſuras trahi non debet. Quippè abſurdum eſſet illis verbis, tot Imperatorum conſtitutiones, quæ de vſuris latæ ſunt, abrogari. Non obſtat quoque conſtitutio Baſilij. Baſilius enim ſecutus eſt verba diuina quibus vſuræ prohibentur, non autem eorum ſenſum & intellectum. Præterea poſt eius mortem, filius eius Leo vſuras permiſit, eiuſq; con-
[illegible]tio extat. Hæc de Vſuri[illegible]

Digitized by Google

ALIVD.

Pacta inſunt bonæ fidei iudicijs. *l. iuriſgentium.* §. *Quinimò, de pact.* Igitur malè nos dicimus, ineſſe pacta ſtipulationi. Stipulatio namq; ſtricti iuris eſt. R. Pacta inſunt bonæ fidei iudicijs ex parte rei & ex parte actoris. *d. l. iuriſgentium.* §. *quinimò, de pact.* At ſtipulationi inſunt pacta, ex parte rei tantum, non etiam ex parte actoris, & hoc in noſtris propoſitionibus dicimus.

ALIVD.

In l. lecta, de rebus credit. dicitur Pacta ineſſe ſtipulationi. Ergo nos malè ſoluimus, ibi enim non diſtinguitur, vtrum ex parte rei an ex parte actoris inſint. Et vbi lex non diſtinguit ibi nec nos debemus diſtinguere. R. d.l. lecta hoc tantum vult, ineſſe pacta ſtipulationi ex parte rei, idque ſpecies eius legis perſpicuè oſtendit.

XI. Theſis.

Secundò pacta diuiduntur in legitima & iuriſgentium. Legitima dicuntur quæ lege aliqua confirmantur huiuſmodi pacta ſunt donationis, dotis, pecuniæ conſtitutæ, pignoris quod nuda conuentione tenetur, & hypotheca dicitur, Pacta item quæ fiunt de furto, de iniurijs de vſuris, dandis argentario vel ciuitatibus vel etiam priuatis, ſi vinum, oleum, frumentum creditum fuerit, & denique pactum quòd fit de membro rupto: ſic enim 12. tabulis cautum fuit, ſi membrum rupit, ni cum eo pacit, talio eſto.

XII.

Iuriſgentium pacta ſunt, quæ gentium iure ſubſiſtunt, nec à lege ſpecialem approbationem acceperunt, & huius generis pacta ſunt reliqua omnia ſuperioribus paucis exceptis.

Pacta

Digitized by Google

XIII.

Pacta legitima, vel actionem producunt, vt pactum dotis, donationis, pignoris, vel tollunt actionem ipſo iure, vt actio furti & iniuriarum.

XIV.

Iurisgentium pacta actionem non pariunt, ſed exceptionem.

ARGVMENTVM I.

In vndecima propoſitione dicimus pactum ſuper iniurijs factum, legitimum pactum eſſe. Et ab iniurijs ſeparamus ruptionem membri. At ruptio membri iniuria eſt §. *pœna autem. Inſtit. de iniurijs*. Malè igitur nos facimus quod ab iniuria ruptionem membri ſeparamus. R. Verum eſt ruptio membri eſt iniuria, & qui membrum alteri rumpit, iniuriam ipſi facit. Cæterum lex 12. tabul. ruptionem membri ab alijs iniurijs ſeparauit, & ea in parte legem 12. tabul. ſecuti ſumus.

ALIVD.

In l. 1. C. de dotis promiſsione &c. Dos fuit promiſſa, Et tamen ex ea promiſsione non competit actio. Pactum igitur dotis legitimum pactum non eſt, nec vllam actionem parit. R. Ideò in l. 1. C. de dot. promiſs. &c, Ex pacto non datur actio, quia mulier dotem promiſerat ſine certa aliqua quantitate. Si certam quantitatem expreſsiſſet mulier, daretur ex pacto actio in mulierem.

ALIVD.

Contra ſolutionem datam ita inſtatur. In l. cum poſt diuortium, §. gener à ſocero, de iure dotium, dos incerta fuit promiſſa, & tamen ea promiſsio valet. Igitur noſtra ſolutio prior eſt vitioſa. R. In d. l. cum poſt diuortium. §. gener à ſocero. pater dotem incertam promiſerat, Is obligatur. Aliud eſt dicendum in muliere vel extraneo dotem promittente. Differentiæ ratio ex Harmenopulo petẽda eſt, eamq; ego in titulo de pactis explicaui.

ALI-

Digitized by Google

ALIVD.

Contractus ſunt iuriſgentium *l. ex hoc iuregentium. de iuſtit. & iur. §. ius autem gentium Inſtit. de iur. natural. gent. & ciuil.* Ex contractibus autem dantur actiones. Igitur etiam ex pactis iuriſgentium, dari debent actiones. R. Contractus ſunt iuriſgentium, paucis quibuſdam exceptis, qui iuri ciuili adſcribuntur. Non tantum autem iuriſgentium ſunt, ſed approbationem & formam certam à iure ciuili acceperunt, ob id ex contractibus dantur actiones. At pacta iuriſgentium ſolo gentium iure nituntur, nec approbationem & formam certam à iure ciuili acceperunt. Ergo &c.

ALIVD.

Prætor approbat omnia pacta. Sic enim inquit, pacta ſeruabo *l. iuriſgentium §. ait prætor. de pact.* Igitur omnia pacta propter Prætoris approbationem, actionem pariunt. R. Prætor approbat pacta datis ſcilicet exceptionibus, non etiam datis actionibus.

ALIVD.

Dicimus pacta legitima, ipſo iure actionem tollere. Obſtat l. ſi tibi decem. §. de pignore, de Pactis. De pignore inquit Iuriſconſultus iure honorario naſcitur pacto actio, tollitur autem per exceptionem quoties paciſcor ne petam. Ecce textum, quod pacta legitima ipſo iure actionem non tollunt. R Nequaquam id ex d. §. de pignore colligi poteſt. Et pactum legitimum actionem ipſo iure tollit, vt in noſtris propoſitionibus dicimus. Et hoc pactum vt res mea tibi ſit pignori, legitimum eſt pactum & actionem producit iure honorario. Hoc autem pactum, ne petam vel ne agam de pignore, legitimum pactum non eſt. Ideoq; ipſo iure actionem non tollit, ſed per exceptionem vt Iuriſconſultus inquit.

ALIVD.

Iuſta pacta id eſt, nuda pacta & pacta iuriſgentium aduerſus leges non facta, ipſo iure obligationem tollunt. *l. Stichum aut Pamphilum §. naturalis, de ſolution.* Igitur malè facimus quod dicimus

 legitima

legitima tantum pacta, actionem ipſo iure tollere. Pacta legitima actiones & obligationes tollunt, naturales & ciuiles ſimul. At iuriſgentium pacta, tollunt tantum ipſo iure naturalem obligationem & ciuilem per exceptionem. Et de naturali obligatione, loquitur Iuriſconſultus in d. §. naturalis. Sic iuriſgentium pacta naturalem obligationem producunt vt ſuprà dictum eſt.

ALIVD.

Hæc verba, ipſo iure, nihil aliud ſignificant, quàm iure Ciuili, & ita frequentiſsimè in libris Iuris ciuilis accipiuntur. At pacta iuris ciuilis non ſunt. Non igitur ipſo iure id eſt, iure ciuili actiones tollunt. R. Verba, ipſo iure, hîc non ſignificant iure ciuili, ſed ipſo iure id eſt, æquitatis poteſtate ſine exceptionibus. Et pactum, vt dictum eſt, naturalem obligationem ipſo iure tollit id eſt, poteſtate æquitatis. Ciuilem ipſo iure non tollit ſed per exceptionem, niſi pactum fuerit legitimum.

XV. Theſis.

Tertiò, pactorum quædam in rem ſunt, quædam in perſonam. In rem ſunt quoties generaliter paciſcor ne petam. In perſonam quoties ne à perſona petam.

XVI.

Pacta in rem omnibus proſunt, quorum obligationem diſſolutam eſſe, eius qui paciſcebatur principaliter interfuit. In perſonam pacta ad alium non pertinent.

XVII.

Debitoris itaque conuentio fideiuſſoribus proficit. Idque propter rei perſonam placuit ne mandati iudicio vel negotiorum geſtorum actione conueniatur.

XVIII.

Sed hoc ita niſi actum fuerit vt duntaxat à reo non petatur, a fideiuſſore petatur, tunc enim fideiuſſor exceptione non vtetur.

ARGV-

Digitized by Google

ARGVMENTVM I.

Pacta in perſonam ad alium non pertinent. Contra, filiusfamiliâs pactus eſt ne à ſe petatur. Hoc pactum perſonale pactum eſt, & tamen non tantum filio prodeſt, ſed etiam patri & heredi patris viuo filio, *l. acquirent, cum ſeqq. de pactis.* Ergo pacta in perſonam ad alios pertinent. R. Pacta perſonalia ad alios non pertinent, ideoque nec ad heredes inquit Iuriſconſultus *in l. idem in duobus, h. t. de pact.* Cum autem filius paciſcitur ne à ſe petatur, pactio prodeſt patri, idcirco, quod pactio filij, ipſi filio inutilis eſſet, ſi pater viuo filio conueniretur. Nam pater conuentus de eo quod filius debet, tenetur ſoluere quatenus eſt in peculio, tenetur ſoluere non de ſuo, ſed de peculio filij. At ſi ſolueret de peculio filij, filio pactio parum prodeſſet. Si igitur filius pactus eſt ne à ſe petatur, exceptio pacti, & ipſi filio & patri datur & heredi patris, viuo duntaxat filio. Filio mortuo, patri pactio non proficit, quia perſonale pactum fuit. Pactum in perſonam ad alios non pertinet. Cæterum commodum illius pacti, ad alios pertinere poteſt viuo paciſcente. Sic filij pactio, ne à ſe petatur prodeſt patri &c. Sic venditoris pactio in perſonam, prodeſt emptori, viuo venditore ſcilicet *l. ſi tibi §. pactum conuentum, de pact.* Sic vſufructuarius poteſt mihi vſumfructum ſuum vendere, & vſusfructus erit meus & heredis mei quamdiu vſufructuarius qui vendidit, viuit *l. neceſſariò §. vltim. de pericul. & commod. rei vendita.*

ALIVD.

In l. tale pactum, de pact. huiuſmodi pactum proponitur. Profiteor te non teneri. Hoc pactum perſonale eſt, quia perſona expreſſa eſt, quæ non debet teneri, & tamen pertinet hoc pactum ad heredes. Igitur pacta in perſonam ad alios pertinent. R. Superius pactum non eſt perſonale, ſed in rem ſiue generale, idque Iuriſconſultus claris verbis indicat, & perſona tantum adiecta vt demonſtretur cum quo pactum factum eſt.

XIX. Theſis.

Fideiuſſoris autem conuentio nihil prodeſt reo, quia nihil eius intereſt à debitore pecuniam non peti.

XX.

Imò fideiuſſoris conuentio nec confideiuſſoribus prodeſt.

XXI.

Si tamen fideiuſſor in rem ſuam ſpoſpondit hoc caſu fideiuſſor pro reo accipiendus eſt,& pactũ cum eo factum, cum reo factum eſſe videtur.

XXII.

Sic ſi hoc actum ſit ne à reo & confideiuſſore petatur, pactio fideiuſſoris reo & confideiuſſori proficiet.

XXIII.

Hoc tamen caſu reo & confideiuſſori non exceptio pacti, ſed ſubſidiaria doli mali datur.

XXIV.

Si duo ſint rei promittendi ſocij vel duo argentarij ſocij & vnus generaliter paciſcatur conuentio alteri quoq; prodeſt, ſecus eſt ſi ſocij non fuerint.

XXV.

Si autem ex duobus reis ſtipulandi vel argentarijs duobus vnus ne peteret, pactus fuerit, alteri exceptio non nocet, ſiue ſocij fuerint ſiue non. Hoc enim tantum conſtitutum eſt, vt ſolidum alter petere poſsit.

XXVI.

Vtrum in rem an in perſonam pactum factum eſt, facti quæſtio eſt quæ non minus ex mente conuenientium quã ex verbis definienda eſt. Nec enim ex eo quod perſona pacto exprimitur, pactum ilicò perſonale dicendum eſt, plerumque enim pacto inſeritur perſona, non vt perſonale pactũ fiat, ſed vt demonſtretur, cum quo pactum factũ ſit.

In

Digitized by Google

XXVII.

In dubio tamen pactum in rem fuiſſe conceptum dicimus, quia plerumque tam heredibus noſtris quàm nobiſmet ipſis cauemus.

XXVIII.

Non placent igitur qui conuentionem & pactionem pro eodem accipiunt, & vnum nomen æquè latè atque alterum patere affirmant.

XXIX.

Minus qui pacti definitionem non ſolis pactis ſed etiam contractibus conuenire aſſerunt.

XXX.

Minimè qui re fieri pacta dicunt, cum rei alicuius traditio interuenit, quod à pactis alieniſſimum eſt.

XXXI.

Nec ſunt audiendi, qui pacta quæ re fiunt ad tacita pacta non ad expreſſa referunt.

XXXII.

Minus qui pacta inter abſentes non aliter fieri poſſe tradunt, quàm ſi quis præſens ſit qui abſentis nomine acceptet.

XXXIII.

Minimè qui ad pacta legitima & iuriſgentium ſtipulationes, literarum obligationes & omnes conuentiones nominatas & innominatas referunt.

ARGVMENTVM I.

Dicimus creditorem à fideiuſſore, debitum petere poſſe quamuis à reo petere non poſſit. Obſtat l. Stichum aut Pamphilum §. fin. de ſolut. Ibi Iuriſconſultus docet creditorem qui à debitore petere non poteſt, non poſſe quoque à fideiuſſore petere. R. Iuriſconſultus ibi non de fideiuſſore loquitur ſed de mandatore. Ita

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

Digitized by Google

enim textus habet. Si creditor à debitore petens, culpa ſua cauſa ceciderit, propè eſt vt actione mandati nihil à mandatore conſequi debeat &c. Et alia eſt ratio mandatoris, longè alia fideiuſſoris. Mandator conuentus à creditore, nullam habet actionem propriam contra debitorem niſi cedatur. Cedat ergò creditor ei ſuas actiones oportet. Et ſi non habet quas cedat, ſi non poteſt à reo petere, non poterit etiam petere, à mandatore. Fideiuſſor ſine ceſsione habet actionem mandati vel negotiorum geſtorum aduerſus debitorem, & ideò creditor à fideiuſſore rectè petit, quamuis à reo petere non poſsit.

ALIVD.

Dicimus pactionem fideiuſſoris reo non prodeſſe. Obſtat l. in duobus §. 1. de iureiurand. Ibi Iuriſconſultus docet, quod iuramentum rei, proficit fideiuſſori, & contra fideiuſſoris proficit reo. Si ergò iuramentum fideiuſſoris prodeſt reo, debet quoque pactum fideiuſſoris reo prodeſſe. R. Diſsimilia hæc eſſe. Iuramentum fideiuſſoris prodeſt reo. Quia iuramentum in locum ſolutionis ſuccedit *d. l. in duobus.* At pactum non ſuccedit in locum ſolutionis. Ergo &c.

ALIVD.

Fideiuſſor non poteſt conueniri ante reum principalem, *Nouell. 4. de fideiuſſor.* Videtur igitur dicendum, quod reus ita paciſci non poſsit, ne à ſe petatur, à fideiuſſore autem petatur. R. Quod dicimus hic, debitorem ita paciſci poſſe, ne à ſe petatur, à fideiuſſore petatur, ſecundum ius Pandectarum & Codicis procedit, non ſecundum ius Nouellarum Conſtitutionum. Secundum ius Pandectarum & Codicis fideiuſſor ante reum principalem potuit conueniri *l. 5. C. de fideiuſſor.* Imò vterq; & reus principalis & fideiuſſor ſimul potuit conueniri *l. 2. in fin. de duob. reis conſtituend. l. fin. C. de O & A.* Itaque ſecundum illud ius, poteſt debitor paciſci, ne à ſe petatur, à fideiuſſore petatur. Et non liberatur debitor ipſo iure, ſed obligatus manet, & liberatur conuentus, exceptione pacti. At ſecundum ius nouiſsimum Nouellarum conſtitutionum id non procedet. Eò enim iure fideiuſſor ante reum Principalem non conuenitur.

ALI-

Digitized by Google

ALIVD.

Videtur obſtare l.decem 116. de verbor.obligat. ibi talis proponitur caſus. Stipulatus ſum à Mæuio, quanto minus à Titio debitore conſequi poſſem. Mæuius non eſt correus vt dicitur *in d.l. decem*, ſed eſt fideiuſſor *l. fideiuſſores, l. amiſſi, de fideiuſſor.* At à Mæuio non poſſum petere ante excuſſum Titium. Fideiuſſor igitur ante reum principalem non poteſt conueniri. R. Ideò ibi Mæuius ante Titium non conuenitur quod ſub conditione fideiuſsit quantò minus &c. Eadem conditio facit quod ſoluente Titio, Mæuius non dicitur liberari ſed perinde haberi ac ſi nullo modo intercesſiſset quod clarius oſtenditur *in l. ſi decem 21. in fin. de Solution.*

ALIVD.

Obſtat l. ſi ſtipulatus. 15. de fideiuſſor. Ibi dicitur quod reus principalis non poſsit efficere, ne exceptio fideiuſſori competat quæ ipſi competit. Igitur videtur dicendum quod reus paciſci quoque non poſsit ne à ſe petatur, à fideiuſſore petatur. R. Lex ſi ſtipulatus loquitur de exceptione quæ Reo & fideiuſſori ab initio competit. Illam exceptionem reus inuito fideiuſſori tollere non poteſt. At reus poteſt paciſci ne à ſe petatur, à fideiuſsore petatur.

ALIVD.

Alteri paciſci nemo poteſt ſicuti nec ſtipulari *l. ſi tibi decem. §. ſi quis paciſcatur h. tit. l. quo tutela, de R. I.* Igitur videtur dicendum quod fideiuſsor etiam reo principali & confideiuſſori non poſsit paciſci hoc modo ne à reo petatur, ne à confideiuſsore petatur. R. Alteri paciſci nemo poteſt, ſed tamen propter vicinitatem obligationum pactio toleratur cum fideiuſſor reo aut confideiuſſori paciſcitur: Et hoc caſu datur reo & confideiuſsori non exceptio pacti, ſed exceptio doli mali, quæ ſubſidiaria exceptio eſt, & tunc quandoq; dari ſolet, cum exceptio pacti non competit *l. reſcriptum. §. final. h. t. de Pactis.*

ALI-

Digitized by Google

Cæterum his omnibus reiectis, nos vſuras licitas eſſe defendimus, *tot. tit. de vſur. in ff. & C.* Nec obſtant quæ ex ſacris literis adferuntur. Iure enim diuino vſuræ prohibentur, non lucri cauſa eius qui pecuniam dedit, ſed ne proximo noceatur, ne illũ vexemus, ne lucri noſtri cauſa illi noceamus. Deinde non aduerſantur, quæ ex iure naturæ allata fuerunt. Quod dicitur rem natura ſterilem fructum non parere, id diluendum eſt adhibita diſtinctione. Interdum nomen fructus propriè ſumitur, interdum impropriè. Propriè fructus dicuntur, qui ex reipſa naturaliter naſcuntur, ſiue per ſe & ſua natura naſcantur, ſiue tunc demum cum factum hominis intercedit. Huiuſmodi fructus, pecunia res natura ſterilis non parit. Alij ſunt fructus, qui non ex re ipſa naturaliter enaſcuntur, ſed aliàs ex re aut rei occaſione percipiuntur. Huiuſmodi fructus ſunt vſuræ, penſiones, mercedes, vecturæ iumentorum, cæteraq; obuentiones. Et tales fructus pecunia parit, talium fructuum reſpectu, pecunia nõ eſt ſterilis. Imò ſteriléſcere dicitur pecunia, quæ fœnore occupata non eſt. Deinde ad alterum argumentum, Legi naturæ contrarium eſt, quod alicui non dederis id ab eo exigere, reſpondeo id verum eſſe, ſi is cui rem meam dedi, nihil ex ea lucri aut commodi percipere poteſt. Secus eſt ſi commodum ex re mea facere poteſt. Hoc caſu contra naturam non eſt, exigere quod non dedi, quod & Cicero teſtatur inquiens. Suæ vtilitati ſeruire quod ſine alterius iniuria fiat, conceſſũ eſt, nec repugnat naturæ. Ad tertium argumentum quod attinet, neganda eſt minor, Pecuniæ nullus eſt vſus vbi conſumpta eſt. Id nego, quia licet pecunia ſit conſumpta commodũ tamen vſus durat, quia eæ res perſeuerant, ea commoda, quæ inde comparauimus, ex quibus maiores fructus quotidiè percipimus. Deniq; quod dicitur Reipublicæ pernitioſam eſſe fœnerandi rationem, id de immodica fœnerandi ratione accipiendum eſt.

Tertiò non obſtant quæ ex iure ciuili adducuntur. Nã illud iura ciuilia non dedignantur ſequi ſacros canones, ad vſuras trahi non debet. Quippè abſurdum eſſet illis verbis, tot Imperatorum conſtitutiones, quæ de vſuris latæ ſunt, abrogari. Non obſtat quoque conſtitutio Baſilij. Baſilius enim ſecutus eſt verba diuina quibus vſuræ prohibentur, non autem eorum ſenſum & intellectum. Præterea poſt eius mortem, filius eius Leo vſuras permiſit, eiuſq; con- [illegible]tio extat. Hæc de Vſuri[illegible]

Digitized by Google

ALIVD.

Pacta inſunt bonæ fidei iudicijs. *l. iuriſgentium. §. Quinimò, de pact.* Igitur malè nos dicimus, ineſſe pacta ſtipulationi. Stipulatio namq; ſtricti iuris eſt. R. Pacta inſunt bonæ fidei iudicijs ex parte rei & ex parte actoris. *d. l. iuriſgentium. §. quinimò, de pact.* At ſtipulationi inſunt pacta, ex parte rei tantum, non etiam ex parte actoris, & hoc in noſtris propoſitionibus dicimus.

ALIVD.

In l. lecta, de rebus credit. dicitur Pacta ineſſe ſtipulationi. Ergo nos malè ſoluimus, ibi enim non diſtinguitur, vtrum ex parte rei an ex parte actoris inſint. Et vbi lex non diſtinguit ibi nec nos debemus diſtinguere. R. d. l. lecta hoc tantum vult, ineſſe pacta ſtipulationi ex parte rei, idque ſpecies eius legis perſpicuè oſtendit.

XI. Theſis.

Secundò pacta diuiduntur in legitima & iuriſgentium. Legitima dicuntur quæ lege aliqua confirmantur huiuſmodi pacta ſunt donationis, dotis, pecuniæ conſtitutæ, pignoris quod nuda conuentione tenetur, & hypotheca dicitur, Pacta item quæ fiunt de furto, de iniurijs de vſuris, dandis argentario vel ciuitatibus vel etiam priuatis, ſi vinum, oleum, frumentum creditum fuerit, & denique pactum quòd fit de membro rupto: ſic enim 12. tabulis cautum fuit, ſi membrum rupit, ni cum eo pacit, talio eſto.

XII.

Iuriſgentium pacta ſunt, quæ gentium iure ſubſiſtunt, nec à lege ſpecialem approbationem acceperunt, & huius generis pacta ſunt reliqua omnia ſuperioribus paucis exceptis.

Digitized by Google

XIII.

Pacta legitima, vel actionem producunt, vt pactum dotis, donationis, pignoris, vel tollunt actionem ipſo iure, vt actio furti & iniuriarum.

XIV.

Iuriſgentium pacta actionem non pariunt, ſed exceptionem.

ARGVMENTVM I.

In vndecima propoſitione dicimus pactum ſuper iniurijs factum, legitimum pactum eſſe. Et ab iniurijs ſeparamus ruptionem membri. At ruptio membri iniuria eſt §. *pœna autem. Inſtit. de iniurijs.* Malè igitur nos facimus quod ab iniuria ruptionem membri ſeparamus. R. Verum eſt ruptio membri eſt iniuria, & qui membrum alteri rumpit, iniuriam ipſi facit. Cæterum lex 12. tabul. ruptionem membri ab alijs iniurijs ſeparauit, & ea in parte legem 12. tabul. ſecuti ſumus.

ALIVD.

In l. 1. C. de dotis promiſsione &c. Dos fuit promiſſa, Et tamen ex ea promiſsione non competit actio. Pactum igitur dotis legitimum pactum non eſt, nec vllam actionem parit. R. Ideò in l. 1. C. de dot. promiſs. &c, Ex pacto non datur actio, quia mulier dotem promiſerat ſine certa aliqua quantitate. Si certam quantitatem expreſsiſſet mulier, daretur ex pacto actio in mulierem.

ALIVD.

Contra ſolutionem datam ita inſtatur. In l. cum poſt diuortium, §. gener à ſocero, de iure dotium, dos incerta fuit promiſſa, & tamen ea promiſsio valet. Igitur noſtra ſolutio prior eſt vitioſa. R. In d. l. cum poſt diuortium. §. gener à ſocero. pater dotem incertam promiſerat, Is obligatur. Aliud eſt dicendum in muliere vel extraneo dotem promittente. Differentiæ ratio ex Harmenopulo petēda eſt, eamq; ego in titulo de pactis explicaui.

ALI-

Digitized by Google

ALIVD.

Contractus ſunt iuriſgentium *l. ex hoc iuregentium. de Iuſtit. & iur. §. ius autem gentium Inſtit. de iur. natural. gent. & ciuil.* Ex contractibus autem dantur actiones. Igitur etiam ex pactis iuriſgentium, dari debent actiones. R. Contractus ſunt iuriſgentium, paucis quibuſdam exceptis, qui iuri ciuili adſcribuntur. Non tantum autem iuriſgentium ſunt, ſed approbationem & formam certam à iure ciuili acceperunt, ob id ex contractibus dantur actiones. At pacta iuriſgentium ſolo gentium iure nituntur, nec approbationem & formam certam à iure ciuili acceperunt. Ergo &c.

ALIVD.

Prætor approbat omnia pacta. Sic enim inquit, pacta ſeruabo *l. iuriſgentium §. ait prætor. de pact.* Igitur omnia pacta propter Prætoris approbationem, actionem pariunt. R. Prætor approbat pacta datis ſcilicet exceptionibus, non etiam datis actionibus.

ALIVD.

Dicimus pacta legitima, ipſo iure actionem tollere. Obſtat l. ſi tibi decem. §. de pignore, de Pactis. De pignore inquit Iuriſconſultus iure honorario naſcitur pacto actio, tollitur autem per exceptionem quoties paciſcor ne petam. Ecce textum, quod pacta legitima ipſo iure actionem non tollunt. R Nequaquam id ex d. §. de pignore colligi poteſt. Et pactum legitimum actionem ipſo iure tollit, vt in noſtris propoſitionibus dicimus. Et hoc pactum vt res mea tibi ſit pignori, legitimum eſt pactum & actionem producit iure honorario. Hoc autem pactum, ne petam vel ne agam de pignore, legitimum pactum non eſt. Ideoq; ipſo iure actionem non tollit, ſed per exceptionem vt Iuriſconſultus inquit.

ALIVD.

Iuſta pacta id eſt, nuda pacta & pacta iuriſgentium aduerſus leges non facta, ipſo iure obligationem tollunt. *l. Stichum aut Pamphilum §. naturalis, de ſolution.* Igitur malè facimus quod dicimus

legitima tantum pacta, actionem ipſo iure tollere. Pacta legitima actiones & obligationes tollunt, naturales & ciuiles ſimul. At iuriſgentium pacta, tollunt tantum ipſo iure naturalem obligationem & ciuilem per exceptionem. Et de naturali obligatione, loquitur Iuriſconſultus in d. §. naturalis. Sic iuriſgentium pacta naturalem obligationem producunt vt ſuprà dictum eſt.

ALIVD.

Hæc verba, ipſo iure, nihil aliud ſignificant, quàm iure Ciuili, & ita frequentiſsimè in libris Iuris ciuilis accipiuntur. At pacta iuris ciuilis non ſunt. Non igitur ipſo iure id eſt, iure ciuili actiones tollunt. R. Verba, ipſo iure, hîc non ſignificant iure ciuili, ſed ipſo iure id eſt, æquitatis poteſtate ſine exceptionibus. Et pactum, vt dictum eſt, naturalem obligationem ipſo iure tollit id eſt, poteſtate æquitatis. Ciuilem ipſo iure non tollit ſed per exceptionem, niſi pactum fuerit legitimum.

XV. Theſis.

Tertiò, pactorum quædam in rem ſunt, quædam in perſonam. In rem ſunt quoties generaliter paciſcor ne petam. In perſonam quoties ne à perſona petam.

XVI.

Pacta in rem omnibus proſunt, quorum obligationem diſſolutam eſſe, eius qui paciſcebatur principaliter interfuit. In perſonam pacta ad alium non pertinent.

XVII.

Debitoris itaque conuentio fideiuſſoribus proficit. Idque propter rei perſonam placuit ne mandati iudicio vel negotiorum geſtorum actione conueniatur.

XVIII.

Sed hoc ita niſi actum fuerit vt duntaxat à reo non petatur, a fideiuſſore petatur, tunc enim fideiuſſor exceptione non vtetur.

ARGV-

Digitized by Google

ARGVMENTVM I.

Pacta in perſonam ad alium non pertinent. Contra, filiusfamiliâs pactus eſt ne à ſe petatur. Hoc pactum perſonale pactum eſt, & tamen non tantum filio prodeſt, ſed etiam patri & heredi patris viuo filio, *l. acquirent, cum ſeqq. de pactis.* Ergo pacta in perſonam ad alios pertinent. R. Pacta perſonalia ad alios non pertinent, ideoque nec ad heredes inquit Iuriſconſultus *in l. idem in duobus, h. t. de pact.* Cum autem filius paciſcitur ne à ſe petatur, pactio prodeſt patri, idcirco, quod pactio filij, ipſi filio inutilis eſſet, ſi pater viuo filio conueniretur. Nam pater conuentus de eo quod filius debet, tenetur ſoluere quatenus eſt in peculio, tenetur ſoluere non de ſuo, ſed de peculio filij. At ſi ſolueret de peculio filij, filio pactio parum prodeſſet. Si igitur filius pactus eſt ne à ſe petatur, exceptio pacti, & ipſi filio & patri datur & heredi patris, viuo duntaxat filio. Filio mortuo, patri pactio non proficit, quia perſonale pactum fuit. Pactum in perſonam ad alios non pertinet. Cæterum commodum iſtius pacti, ad alios pertinere poteſt viuo paciſcente. Sic filij pactio, ne à ſe petatur prodeſt patri &c. Sic venditoris pactio in perſonam, prodeſt emptori, viuo venditore ſcilicet *l. ſi tibi §. pactum conuentum, de pact.* Sic vſufructuarius poteſt mihi vſumfructum ſuum vendere, & vſusfructus erit meus & heredis mei quamdiu vſufructuarius qui vendidit, viuit *l. neceſſariò §. vltim. de pericul. & commod. rei vendita.*

ALIVD.

In l. tale pactum, de pact. huiuſmodi pactum proponitur. Profiteor te non teneri. Hoc pactum perſonale eſt, quia perſona expreſſa eſt, quæ non debet teneri, & tamen pertinet hoc pactum ad heredes. Igitur pacta in perſonam ad alios pertinent. R. Superius pactum non eſt perſonale, ſed in rem ſiue generale, idque Iuriſconſultus claris verbis indicat, & perſona tantum adiecta vt demonſtretur cum quo pactum factum eſt.

Digitized by Google

XIX. Theſis.

Fideiuſſoris autem conuentio nihil prodeſt reo, quia nihil eius intereſt à debitore pecuniam non peti.

XX.

Imò fideiuſſoris conuentio nec confideiuſſoribus prodeſt.

XXI.

Si tamen fideiuſſor in rem ſuam ſpoſpondit hoc caſu fideiuſſor pro reo accipiendus eſt,& pactũ cum eo factum, cum reo factum eſſe videtur.

XXII.

Sic ſi hoc actum ſit ne à reo & confideiuſſore petatur, pactio fideiuſſoris reo & confideiuſſori proficiet.

XXIII.

Hoc tamen caſu reo & confideiuſſori non exceptio pacti, ſed ſubſidiaria doli mali datur.

XXIV.

Si duo ſint rei promittendi ſocij vel duo argentarij ſocij &vnus generaliter paciſcatur conuentio alteri quoq; prodeſt, ſecus eſt ſi ſocij non fuerint.

XXV.

Si autem ex duobus reis ſtipulandi vel argentarijs duobus vnus ne peteret, pactus fuerit, alteri exceptio non nocet, ſiue ſocij fuerint ſiue non. Hoc enim tantum conſtitutum eſt, vt ſolidum alter petere poſsit.

XXVI.

Vtrum in rem an in perſonam pactum factum eſt, facti quæſtio eſt quæ non minus ex mente conuenientium quã ex verbis definienda eſt. N c enim ex eo quod perſona pacto exprimitur, pactum ilicò perſonale dicendum eſt, plerumque enim pacto inſeritur perſona,non vt perſonale pactũ fiat,ſed vt demonſtretur, cum quo pactum factũ ſit.

In

Digitized by Google

XXVII.

In dubio tamen pactum in rem fuiſſe conceptum dicimus, quia plerumque tam heredibus noſtris quàm nobiſmet ipſis cauemus.

XXVIII.

Non placent igitur qui conuentionem & pactionem pro eodem accipiunt, & vnum nomen æquè latè atque alterum patere affirmant.

XXIX.

Minus qui pacti definitionem non ſolis pactis ſed etiam contractibus conuenire aſſerunt.

XXX.

Minimè qui re fieri pacta dicunt, cum rei alicuius traditio interuenit, quod à pactis alieniſſimum eſt.

XXXI.

Nec ſunt audiendi, qui pacta quæ re fiunt ad tacita pacta non ad expreſſa referunt.

XXXII.

Minus qui pacta inter abſentes non aliter fieri poſſe tradunt, quàm ſi quis præſens ſit qui abſentis nomine acceptet.

XXXIII.

Minimè qui ad pacta legitima & iuriſgentium ſtipulationes, literarum obligationes & omnes conuentiones nominatas & innominatas referunt.

ARGVMENTVM I.

Dicimus creditorem à fideiuſſore, debitum petere poſſe quamuis à reo petere non poſsit. Obſtat l. Stichum aut Pamphilum §. fin. de ſolut. Ibi Iuriſconſultus docet creditorem qui à debitore petere non poteſt, non poſſe quoque à fideiuſſore petere. R. Iuriſconſultus ibi non de fideiuſſore loquitur ſed de mandatore. Ita

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

Digitized by Google

ALIVD.

Videtur obſtare l.decem 116. de verbor.obligat. ibi talis proponitur caſus. Stipulatus ſum à Mæuio, quanto minus à Titio debitore conſequi poſſem. Mæuius non eſt correus vt dicitur *in d.l. decem*, ſed eſt fideiuſſor *l. fideiuſſores, l. amiſſi, de fideiuſſor.* At à Mæuio non poſſum petere ante excuſſum Titium. Fideiuſſor igitur ante reum principalem non poteſt conueniri. R. Ideò ibi Mæuius ante Titium non conuenitur quod ſub conditione fideiuſsit quantò minus &c. Eadem conditio facit quod ſoluente Titio, Mæuius non dicitur liberari ſed perinde haberi ac ſi nullo modo intercesſisſet quod clarius oſtenditur *in l. ſi decem 21. in fin. de Solution.*

ALIVD.

Obſtat l. ſi ſtipulatus. 15. de fideiuſſor. Ibi dicitur quod reus principalis non poſsit efficere, ne exceptio fideiuſſori competat quæ ipſi competit. Igitur videtur dicendum quod reus paciſci quoque non poſsit ne à ſe petatur, à fideiuſſore petatur. R. Lex ſi ſtipulatus loquitur de exceptione quæ Reo & fideiuſſori ab initio competit. Illam exceptionem reus inuito fideiuſſori tollere non poteſt. At reus poteſt paciſci ne à ſe petatur, à fideiuſsore petatur.

ALIVD.

Alteri paciſci nemo poteſt ſicuti nec ſtipulari *l. ſi tibi decem. §. ſi quis paciſcatur h. tit. l. quo tutela, de R. I.* Igitur videtur dicendum quod fideiuſsor etiam reo principali & confideiuſſori non poſsit paciſci hoc modo ne à reo petatur, ne à confideiuſsore petatur. R. Alteri paciſci nemo poteſt, ſed tamen propter vicinitatem obligationum pactio toleratur cum fideiuſſor reo aut confideiuſſori paciſcitur: Et hoc caſu datur reo & confideiuſsori non exceptio pacti, ſed exceptio doli mali, quæ ſubſidiaria exceptio eſt, & tunc quandoq; dari ſolet, cum exceptio pacti non competit *l. reſcriptum. §. final. h. t. de Pactis.*

A L I-

Digitized by Google

ALIVD.

Dicimus conuentionem vnius ex duobus reis promittendi non ſocijs, alteri non prodeſſe. Contra cum duo ſint rei promittendi non ſocij & vnus ſolidum ſoluit, rector prouinciæ iuuat eum qui ſolidum ſoluit aduerſus alterum, vt ab altero partem recipiat *l. 2. C. de duob. reis ſtipuland.*

Textus ergò ibi quod reus promittendi non ſocius qui ſolidum ſoluit, habet actionem aduerſus alterum, etſi actio ipſi à creditore ceſſa non fuerit. Ex eo nunc ita argumentor. Pacta in rem proſunt omnibus quorum obligationem diſſolutam eſſe eius qui paciſcebatur, interfuit. Sed cum duo ſunt rei promittendi non ſocij, & vnus generaliter paciſcitur ne petatur, paciſcentis intereſt alterius obligationem diſſolui. Si enim alter ſolidum ſoluerit, rector prouinciæ iuuabit eum aduerſus paciſcentem vt ab eo partem recipiat *d. l. 2. C. de duob. reis ſtipul.* videtur igitur dicendum, quod pactio non tantum ipſi paciſcenti, ſed etiam correo proſit? quod nos negamus. R. Nego minorem, Cum enim vnus ex duobus reis promittendi non ſocijs paciſcitur, eius nihil intereſt alterius obligationem diſſolui. Et *d. l. 2.* loquitur de duobus reis promittendi ſocijs, quemadmodum hæc legis verba cum quo communiter mutuam pecuniam accepiſti, hoc eſt cum quo accepiſti pecuniam in rem communem, cum quo ſocietatem iniuiſti, oſtendunt. Pactio igitur vnius ex duobus reis promittendi alteri prodeſt, cum ſocij ſunt, non aliter. Sic ſi duo rei promittendi, vice mutuâ fideiuſſerunt, pactio vnius alteri prodeſt.

ALIVD.

Cui rectè ſoluitur is paciſci quoque poteſt, & contra cui non rectè ſoluitur, is paciſci quoque non poteſt *l. reſcriptum §. fin. cum l. ſequenti, & l. 9. h. t.* Sed vni ex duobus reis ſtipulandi, rectè ſoluitur *§. ex huiuſmodi, Inſtit. de duob. reis ſtipuland. &c.* Ibi dicitur alter debitum accipiendo, omnium perimit obligationem. Igitur vnus ex duobus reis ſtipulandi poteſt quoque paciſci ne petatur, & pactio alteri nocebit. R. Cui rectè ſoluitur, is paciſci quoque poteſt, Hæc regula plerumque vera eſt, non tamen ſemper. Et argumentum à ſolutione ad pactum perpetuò non procedit.

dit, idque in fortioribus terminis oſtendit Iuriſconſultus *in d.l.ſi vnus h.t.* quia inquit à ſolutione ad nouationem non rectè argumentamur perpetuò, multò minus ergò à ſolutione ad pactum.

ALIVD.

Vnus ex duobus reis ſtipulandi nouare poteſt. *l.ſi rem aliquam. §. vltim. de nouation.* Vnus poteſt iuſiurandum deferre, *l. in duobus, de iureiurand.* Vnus poteſt acceptum facere *l. & per iuſiurandum. §. vltim. de acceptilat.* Vni poteſt conſtitui *l idem eſt, de conſtit. pecun.* Igitur vnus poteſt paciſci. R. Non ſequitur propterea quod nouatio, iuſiurandum, acceptilatio & conſtitutum pro ſolutione habentur. Pactum ſolutio non eſt. Vnus ex duobus reis ſtipulandi poteſt rem in iudiciū deducere *l. ex duobus, de duobus reis conſtituend.* Vnus poteſt compromittere, *l. ſi duo, de receptis.* At non poteſt paciſci, quia paciſcendo ius omne remittit, quod non fit cum res in iudicium deducitur vel compromittitur.

DISPVTATIO DE PACTIS SECVNDA.

Ad cuius propoſitiones Reſpondit

M. IOHANNES PENNISACK Helmſtadienſis.

Propoſita eſt hac diſputatio in Illuſtri Iulia vlt. Maij Anno Domini 1577.

I. Theſes.

OMne pactum ſiue legitimum eſt, ſiue iuriſgentium, ſiue per ſe ſtat, ſiue contractibus in continenti, vel ex interuallo adijcitur, nudum pactum eſt.

ARGVMENTVM I.

Nuda pactio actionem non parit ſed exceptionem *l. iuriſgentium. §. igitur nuda, de pactis.* Sed pactum legitimum parit actionem. *l. 6. de pactis.* Igitur pactum legitimum, non eſt nudum pactum. R. ad maiorem per diſtinctionem hoc modo. Nuda pactio, alia eſt legitima, alia iuriſgentium. Pactio nuda iuriſgentium, actionem non parit, & de illa loquitur ICtus *in d. l. iuriſgentium. §. igitur nuda.* At nudum pactum legitimum, parit actionem.

ALIVD.

In l. legem quam dixiſti. C. de Pact. perſpicuè & clarè pacta nuda, à pactis quæ nuda non ſunt, diſtinguuntur. Sic enim lex habet. Legem quam dixiſti cum dotem pro alumna dares, ſeruari oportet: nec obeſſe tibi poterit quod dici ſolet, ex pacto actionem non naſci. Tunc enim hoc iure vtimur cum pactum nudum eſt &c. Non igitur omne pactum, nudum pactum eſt, vt noſtra propoſitio habet. R. Cum dicimus in prima propoſitione, omne pactum, nudum eſſe pactum, hoc dicimus. Nudum, eſſe perpetuum pacti Epitheton, quo pacta idcircò exornantur, vt oſtendatur pacta ſola conuentione conſtare. Et quam ob cauſam pacta conuenta appellantur, à Prætore in ſuo Edicto, ob eandem cauſam, pacta dicuntur quoque nuda. Conuenta dicuntur, quia ſola conuentione conſiſtunt. Sic nuda dicuntur, quia præter conuentionē nihil habēt. Sunt nuda pacta id eſt, ſola conuentione conſiſtūt, quæ neq; in nomen aliquod propriū contractus tranſit, neq; habet cauſam. Sunt nuda, à nomine & cauſa. Et ita vocabulum nudum in prima propoſitione accipimus. Interdum pactum dicitur nudum, quod per ſe ſtat, nec contractui adijcitur, & ita nudum ſumitur in d. l. legem. C. de Pact. Et nudum pactum hoc eſt, pactum quod per ſe ſtat actionem non parit. Sed pactum non nudum id eſt, pactum contractui adiectum, parit actionem. Et hoc pactum ratione conuentionis, qua ſola ſuſtinetur, nihilominus nudum eſt. Nudum eſt ratione conuentionis. Non eſt nudum, quia per ſe non ſtat, ſed alteri contractui accedit.

ALIVD.

Pacta quæ contractibus in continenti adijciuntur actionem pariunt,

Digitized by Google

pariunt. Non igitur ſunt nuda, quia vt ſupra dictum eſt, nuda pactio actionem non parit. R. Ex eo quod pacta actionem pariunt, non poſſumus definire, pacta nuda non eſſe. Nam & legitima pacta, actionem pariunt, & tamen nuda ſunt *l. frumenti, C. de vſur. l. etiam, Eod. tot. tit. C. de dot. promiſſ. & nuda pollicitat.* Deinde reſpondeo ſecundo hoc modo. Pacta nuda actionem non pariunt, niſi contractibus in continenti adijciantur. Contractibus inquam bonæ fidei non ſtricti iuris, *d. l. iuriſgentium. §. quinimò cum ſequenti, de pact.*

II. Theſis.

Paciſci non poſſunt pupillus, infans, furioſus, mente captus, prodigus & ebrius, quia conſentire non poſſunt.

III.

Pupillus quoque proximus infantiæ aut pubertati proximus, non rectè paciſcitur, ne à debitore ſuo petat, aut ne intra certum tempus, veluti intra quinquennium petat.

IV.

Ex diuerſo autem, ſi pupillus paciſcatur, ne quod debet à ſe peteretur, ratum habebitur pactum conuentum, quia meliorem ſuam conditionem facere, ei etiam ſine tutoris autoritate conceſſum eſt, deteriorem non aliter, quàm ſi tutoris authoritas interuenerit.

ARGVMENTVM I.

Infans poteſt ſtipulari rem ſuam ſaluam fore *l. ſeruum pupilli. rem pupilli ſalu. for.* Igitur videtur dicendum infantem quoque paciſci poſſe R. Accurſius & poſt eum Interpp. noſtri, ab hac regula infans ſtipulationem contrahere non poteſt. *l. 1. de Verbor. obligat. in princ.* excipiunt ſtipulationem rem pupilli ſaluam fore.

Digitized by Google

Et pro ſuæ ſententiæ confirmatione adducunt d. l. ſeruum pupilli, rem pupilli ſalu. fore. Sed ea lex perſpicuè loquitur de eo qui fari poteſt id eſt, de eo qui infantiam exceſsit, qui linguæ gnarus eſt, rerum ignarus. Hic rectè ſtipulatur quemadmodum Iuſtinianus docet *in §. pupillus. Inſtit. de inutil. ſtipulation.*

A L I V D.

Pupillus infans pro herede gerendo cum authoritate tutoris, hereditati obligatur, *l. ſeruo inuito §. ſi pupillo, ad Trebellian.* Pupillus quoque infans, tutore authore poſsidere & vſucapere poteſt. *l. quamuis §. infans, de acquir. poſſ.* Item infanti per tutorem petitur edictalis bonorum poſſeſsio *l. 2. ad Tertyllian.* Videtur igitur dicendum, pupillum infantem tutoris ſui authoritate quoque paciſci poſſe, quod nos negamus cum dicimus pupillum infantem conſentire non poſſe.

In tertia quoque & quarta propoſitione aſſerimus, pupillum proximum infantiæ & pubertati proximum cum tutoris authoritate conditionem ſuam deteriorem poſſe facere, meliorem etiam ſine tutoris authoritate atque ita prorſus excludimus pupillum infantem de quo tamen idem videbatur dicendum. R. Iure ſingulari vtilitatis cauſa receptum eſt quod pupillus infans, authoritate tutoris poteſt hereditatem acquirere. Et ſi hoc receptum non eſſet, fieret, vt aut hereditas diu iaceret, quod fugiendum eſt; aut infans inſtitui non poſſet. Sic vtilitatis cauſa receptum eſt, quod infans tutore authore poſſidet & vſucapit, & iudicium infantis ſuppletur authoritate tutoris. Et hi caſus, cum ſingulari iure recepti ſint, ad alios caſus, in iure non expreſſos, trahendi non ſunt.

A L I V D.

Filius impubes qui in parentis poteſtate eſt & pupillus dicitur *in l. fin. §. 1. de verbor. obligat.* non obligatur patre authore §. *pupillus Inſtit. de inutilib. ſtipulat.* Igitur videtur dicendum quod multò minus pupillus, tutoris authoritate intercedente, deteriorem ſuam conditionem facere atque ita obligari poſsit. R. Impubes, tutore authore obligatur, non patre authore, propterea quod filio aduerſus patrem nulla eſt actio prodita ob rem malè

geſtam,

Digitized by Google

geſtam, & ideo ſi patre authore obligaretur pupillus ſiue impubes, malè ei conſultum eſſet. Sed tutor pupillo tenetur actione tutelæ, & præterea fideiuſſor quem tutor dat antequam tutelam gerat *tot. tit. de ſatiſdation. tutor. vel curat.*

ALIVD.

Pupillus ſine tutoris authoritate obligari poteſt. Item furioſus & prodigus ſine authoritate curatoris, & huiuſmodi obligationi poteſt accedere fideiuſſor *l. Marcellus ſcribit, de fideiuſſor.* Si, inquit Iuriſconſultus, quis pro pupillo, ſine tutoris authoritate obligato, prodigóue vel furioſo fideiuſſerit, magis eſt vt ei non ſubueniatur. Igitur pupilli conditio tutore non interueniente, deterior fieri poteſt. Malè item dicimus furioſum & prodigum conſentire non poſſe cum obligentur. R. Nos hîc loquimur de conuentionibus. Pupillus non poteſt paciſcendo, nec etiam contrahendo ſine tutoris authoritate, conditionem ſuam deteriorem facere. At l. Marcellus ſcribit, loquitur in illo caſu quo pupillus iure obligatur. Iure obligatur pupillus ex delicto & quaſi ex contractu *l. furioſus. de O. & A.* Vt ſi tutor aliquid in rem pupilli impenderit, ex quaſi contractu tutori pupillus obligatus eſt *§. tutores Inſtit. de obligation. quæ quaſi ex contractu naſcuntur.* Sic, inquit Iuriſconſultus, ſi pro furioſo iure obligato fideiuſſorem accepero, tenetur fideiuſſor *l. ſi à reo. §. ſi à furioſo, de fideiuſſor.*

ALIVD.

De ſimilibus idem eſt iudicium *l. illud ad l. Aquil.* Sed ita eſt, quod furioſus cui ſimilis eſt pupillus, etiam curatoris ſui authoritate, nullum nogocium contrahere poteſt. *l. in negotijs, de R. I.* Igitur etiam pupillus, ſui tutoris authoritate nullum negocium rectè contrahet. Minor probatur hoc modo. Furioſi nulla eſt voluntas *l. furioſi, de R. I.* Sic etiam nulla eſt voluntas pupilli, *l. pupillus, de R. I.* Pupillus, inquit Iuriſconſultus, nec velle nec nolle in ea ætate, niſi appoſita tutoris authoritate creditur, nam quod animi iudicio fit, in eo tutoris authoritas eſt neceſſaria. Furioſus per omnia & in omnibus abſentis vel quieſcentis loco habetur, *l. 2. de iure Codicillor.* Sic pupillus præſens pro abſente ha-

Digitized by Google

betur, ſi tutorem non habeat *l. ſi pupillus, quibus ex cauſis in poſ. eatur.* Furioſus vt neque ſcire neque decernere poteſt: ita quoque pupillus, etſi fari poſsit, neque ſcire neque decernere poteſt *l. pupillus de acquir. heredit.* R. Pupillus furioſo in multis comparatur, ſed tamen melior eſt conditio pupillorum quam furioſorum, & in negotijs &c. *l. in negotijs, de R. I.* Sic pupillus infans, tutore authore poſsidere & vſucapere poteſt. *l. quamuis, de acquir. poſ.* Furioſus non item Ratio eſt quia furioſo mens penitus eſt adempta infans vel pupillus mente non caret, ſed nondum quicquam per ætatem ſcire poteſt.

ALIVD.

Pupillus nec velle nec nolle poteſt, niſi appoſita tutoris authoritate, *l. pupillus 189. de R. I.* Igitur malè dicimus pupillum poſſe paciſci, ne à ſe petatur. R. Pupillus dicitur qui impubes exijt, de patris poteſtate ſiue morte id acciderit ſiue alia ratione *l. pupillus, de V. S.* Et tres ſunt gradus pupillaris ætatis. Alij infantes dicuntur, alij infantiæ proximi, alij pubertati proximi. Et de infantibus loquitur *d. l. pupillus.*

ALIVD.

Quilibet in re ſua moderator eſt & arbiter *l. in re mandata. C. mandati.* Igitur & pupillus poteſt paciſci ne à debitore ſuo petat. R. Antecedens loquitur de ijs qui perfectæ ætatis & ſanæ mentis ſunt. Ii in rebus ſuis moderatores ſunt & arbitri. At ſecus eſt in pupillis & furioſis, prodigiſq;. Hi omnes, domini quidē ſunt ſuarū rerū. Cæterum ſuarum rerum adminiſtratio illis non conceditur. Pupillus eſt ſub tutore *l. in negotijs, de R. I.* Furioſus & prodigus ſub curatoribus agnatis, quia etiam hereditas agnatis defertur ex 12. tabulis; his verbis: ſi furioſus exiſtet aut prodigus, agnatorum gentiliumq; in eo pecuniaq; eius poteſtas eſto. *Cornific. in 1. ad Herenn.* Et quamuis ſupra dicti omnes, liberam ſuarum rerum adminiſtrationem nō habeant, nihilominus domini ſunt. Et eleganter. Seneca inquit. Non eſt argumentum, ideò aliquid tuum non eſſe, quia vendere non potes, quia donare non potes aut permutare. Tuum eſt etiam quod ſub certa lege tuum eſt &c.

ALIVD.

Faciliores debemus eſſe ad liberandum quàm ad obligandum *l. Arria-*

Digitized by Google

l. Arrianus, de O. & A. Sed ſi pactio non valet, cum pupillus paciſcitur, ne ipſe petat, tunc faciliores ſumus ad obligandũ quàm ad liberandum. Dicendum igitur eſt, pupillum paciſcentem, ne ipſe petat, rectè paciſci. R. In l. Arrianus, additur hæc conditio, ſi habemus occaſionem. At hic non habemus occaſionem. Imò expedit pupillo, ne pactio valeat, ne facilè damnum patiatur.

ALIVD.

Pupillus ſine tutore, ſi tutor non compareat, author laudari poteſt *l. ſi dictum fuerit. §. final. de euiction.* Igitur videtur dicendum quod poſsit quoque paciſci ſine tutore. R. Quod pupillus author laudatur ſine tutore, id benignè receptum eſt, *vt dicitur in d. l. ſi dictum fuerit*, propterea ne emptores in fraudem incidant, ſi non ſit quem laudent id eſt, cui denuncient, vt liti motæ de re empta ſubſiſtat. At quamuis pupillus non paciſcatur ſine tutore, tamen propterea debitor in fraudem non incidit.

ALIVD.

Qui ſentit commodum, debet quoque ſentire incommodum & contrà, *l. ſecundum naturam eſt, de R. I.* Sed ita eſt, quod pupillus paciſcens ſine tutore, commodum ſentit, quia conditionem ſuam facit meliorem. Ergò debet quoque ſentire incommodum, & ſic per conſequens valere debet pactio, ſi ſine tutore paciſcatur ne petat. R Ab hac regula qui commodum ſentit &c excipiendus eſt pupillus, qui poteſt commodum ſentire. Ita ne ſentiat incommodum. Hinc eſt quod ex vno latere contractus conſtat, ſi quis à pupilllo emat, *vt loquitur Iuriſconſultus in l. Iulianus. §. ſi quis à pupillo, de action. empt.* Nam inquit Iuriſconſultus qui emit obligatus eſt pupillo, pupillum autem ſibi non obligat.

ALIVD.

Quod ſtatuitur in vno correlatiuorum ſtatui quoque debet in altero *l. fin. Cod. de indict. viduit. tollend.* Sed paciſcens & is cum quo paciſcimur ſunt relatiua & correlatiua & ideò videtur dicendum quod ſicuti pactio valet, cum pupillus paciſcitur, ne à ſe petatur, ita valere quoque debeat pactio cum paciſcitur pupillus ne à debitore ſuo petat. R. Maior vera eſt, ſi in

ſi in vno correlatiuorum eadem ſit ratio, quæ eſt in altero. Sed hic ratio eſt diuerſa. Nam pupillus propter infirmam ætatem, facilè in captionem incidere poſſet, ſi paciſceretur ſine tutore ſe non petiturum. Tale nihil in maiore metuendum eſt, & ideò pupillus rectè paciſcitur ſine tutore, ne à ſe petatur. Non rectè paciſcitur, ne ipſe petat.

ALIVD.

Nemo debet locupletari cum alterius iactura & damno. *l. nam hoc natura, de condict. indebit. l. Iure natura, de R. I.* Sed ſi valet pactio, cum pupillus paciſcitur, ne à ſe petatur, contra verò non valet ſi paciſcatur ne ipſe petat, tunc locupletatur pupillus cum alterius iactura & damno. Ergò &c. Maior vera eſt, ſi quis locupletetur, abſque culpa alterius, ſed is qui paciſcitur, ſe à pupillo non petiturum, ſcit eum, cum quo paciſcitur, pupillum eſſe aut certè hoc ſcire debet. Qui enim cum alio contrahit, non eſt vel eſse non debet ignarus eius conditionis *l. qui cum alio contrahit, de R. I.* Sibi ergo id imputare debet quod cum pupillo pactum fecit. Et quod quis ſua culpa damnum ſentit, ſentire non videtur *l. quod quis, de R. I.*

ALIVD.

Solutione eius quod debetur, melior conditio pupilli fit. Etenim pupillus obligatione liberatur. Sed pupillus non poteſt ſoluere ſine tutoris authoritate *l. obligari, de author. tutor.* Igitur pupillus ſine tutore, meliorem ſuam conditionem non facit. R. Nego maiorem, quamuis enim melior videatur fieri conditio pupilli ſolutione, tamen multa accidere poſſunt, vt per ſolutionem pupilli conditio deterior reddatur. Vt pupillus cum in diem deberet, ſoluit ante diem, aut cum deberet ſub conditione, ſoluit antequam conditio exiſteret. His caſibus & ſimilibus pupilli conditio deterior conſtituitur. Placuit itaque, & rectè, pupillum ſine tutore ſoluere non poſſe, ne pupillus facilè damnum incurrat.

ALIVD.

Acceptilatio eſt ſolutio *l. ſolutionis verbum, de ſolution.* & qui accepti-

Digitized by Google

acceptilatione ſolutus vel liberatus eſt dicitur ſoluiſſe *l. ſi ex pluribus, de acceptilat.* Sed pupillus per acceptilationem liberatur ſine tutoris authoritate *l. 2. de acceptilat.* Ergò per ſolutionem liberatur ſine tutoris authoritate, quod negauimus in præcedenti argumento. R. Acceptilatio ſolutioni ſimilis eſt, ſecundum quid non per omnia. Et ſicuti ſolutione liberamur, ita liberamur acceptilatione. Aliás differunt. Solutio eſt modus liberandi naturalis. Acceptilatio modus ciuilis. Solutio fit naturaliter id eſt, re ipſa, reali pecuniæ numeratione *l. ſolutum, de ſolution.* Acceptilatio, ciuiliter abſque vlla pecuniæ numeratione, & ideò pupillus per acceptilationem liberatur ſine tutore, per ſolutionem non item.

A L I V D.

Pupillus deteriorem conditionem ſuam facit abſque tutore *in l. poſſeßionem, de acquir. poß.* Ergò &c. Pete ſolutionem ex d. l poſſeſsionem, de acquir. poſs.

A L I V D.

Prodigus pupillo comparatur, & ideò ſtipulando ſibi acquirit, ſicuti pupillus *l. certi condictio. §. ſed etſi ei numerauero, de rebus credit. &c.* Igitur nos malè facimus quod prodigum annumeramus furioſo, & dicimus eum conſentire non poſſe. R. Prodigus interdum pupillo comparatur, interdum furioſo. Furioſo comparatur cum ipſe promittit, & tunc non obligatur, ne naturaliter quidem, & idcircò fideiuſſor pro eo interuenire non poteſt, ſicutî nec pro furióſo, *l. is cui bonis, de verbor. obligation.* Pupillo comparatur cum ipſe ſtipulatur, & ſicuti pupillus ſtipulando ſibi acquirit, ita & prodigus ſibi acquirere poteſt. *d. l. certi condictio, de rebus credit.* Sicuti pupillus rectè paciſcitur, ne à ſe petatur, ita prodigus quoque. Sicuti pupillus non rectè paciſcitur, ne ipſe petat, ita quoque prodigus paciſci non poteſt, & ſi ita paciſcatur, pro furioſo habebitur.

A L I V D.

Ebrius ex delicto obligatur, quia punitur, licet clementius plectatur *l. omne delictum. §. per vinum, de re militari*, propterea

 quod

quod non ex propoſito delinquit, ſed impetu quodam, *l. reſpiciendum. §. delinquitur, de pœnis.* Igitur ebrius etiam contrahens vel paciſcens obligari debet. R. Hæc diſsimilia valdè eſſe. Ebrius obligatur iure ipſo ex delicto, nullo accedente conſenſu, nulla voluntate. Sic furioſus cuius nulla eſt voluntas, iure ipſo obligatur ex delicto & ex quaſi contractu *l. furioſus de obligat. & action.* Sic pupillus iure ipſo obligari poteſt ex delicto & ex quaſi contractu. Si enim tutor impendit aliquid in rem pupilli, vel pro pupillo fuit obligatus, his caſibus ipſo iure ex quaſi contractu pupillus tutori obligatur, & habet tutor cum pupillo contrariam tutelæ actionem, *§. tutores Inſtit. de obligat. quæ quaſi ex contract. naſcuntur l. 1. de contrar. tutel. action.* Ibi dicitur, pupillus tutori, ſine tutoris authoritate obligatur. At ebrius ex contractu, ex pacto obligari non poteſt, quia contractus & pacta conſenſu fiunt, & ebrius conſentire non poteſt, quia non intelligit quid loquatur. Eſt ſimilis furioſo, vbi enim ebrietas ibi eſt furor, *c. venter. 35. diſtinct.* & ebrietas n. h. l. aliud eſt quàm voluntaria inſania, *authore Seneca in Epiſtol. ad Lucillium 83. Plato in 1. de LL. ebrios comparat pueris.*

V. Theſis.

Filiusfamiliâs rectè paciſcitur, ne à ſe petatur, eaque pactio non tantum ipſi prodeſt, verumetiam patri & heredi patris viuo filio. Poſt mortem verò filij, nec patri, nec heredi eius, quia perſonale pactum eſt.

VI.

Si filiusfamiliâs pactus ſit ne ipſe peteret, inutile eſt pactum, quia filiusfamiliâs regulariter ſuo nomine actionem non habet, ſed eam patri ſuo confeſtim acquirit, ita vt ne momento quidem actio in perſona filij ſubſiſtat.

VII.

Aliquando tamen in perſona filijfamiliâs etſi pactus ſit, ne ageret, valet pactio, quia aliquando filiusfamiliâs habet actionem.

Vt

Digitized by Google

VIII.

Vt ſi filiusfamiliâs legationis vel ſtudiorum gratia abſit, & vel furtum vel damnum iniuria paſſus ſit, poteſt vtili iudicio agere, nedum pater exſpectatur, impunita ſint maleficia, quia pater venturus non eſt, vel dum venit, ſe ſubtrahit is qui noxam commiſit.

IX,

Sed etſi res non ex maleficio veniat, ſed ex contractu, poteſt filius agere vtili iudicio, fortè depoſitum repetens, vel mandati agens, vel pecuniam quam credidit petens, ſi Pater in Prouincia ſit, ipſe autem Romæ, vel ſtudiorum cauſa, vel alia iuſta ex cauſa agat, ne ſi ei non dederimus actionem, futurum ſit, vt impunè fraudem patiatur, & egeſtate Romæ laboret, viaticulo ſuo non recepto, quod ad ſumptum pater ei deſtinauerat.

X.

Si igitur filiusfamiliâs iniuriam paſſus, pactus ſit ne geret, valebit pactio.

XI.

Sed cum propter iniuriam filio factam, habeat & pater actionem, quin pactio filij nocitura non ſit patri agere volenti, dubitari non oportet.

ARGVMENTVM I.

Dicitur in quinta propoſitione, pactionem non tantum filio prodeſſe ſed etiam patri & heredi patris viuo filio, ſi filius paciſcatur, ne à ſe petatur. Cótra, hæc pactio, ne à filio petatur, eſt perſonalis. Perſonalis auté pactio ad ſolum paciſcétem pertinet, non ad alios. Non poteſt igitur pactio hæc patri & heredi patris prodeſſe. R. Perſonalis pactio, perſonam non egreditur, verum eſt, & hæc etiam pactio, ne à filio petatur, filij perſonam non egreditur. Verum vtilitas eius pacti ad alios pertinerè po-

Digitized by Google

teſt, quod ſimili declaro. Vſusfructus eſt ſeruitus perſonalis, & mortuo vſufructuario finitur, & conſolidatur vſusfructus cum proprietate. At vtilitas vſusfructus, viuente vſufructuario ad alios pertinere poteſt, quia alij cum ipſo vſufructuarij vti frui poſſunt eo volente. Mortuo vſufructuario non poſſunt. Sic ergò vtilitas pacti ad patrem pertinet viuo filio, & nihilominus pactum perſonale eſt.

ALIVD.

Filiofamiliâs abſente patre, dantur actiones extraordinariæ ſiue iudicia extraordinaria. *l. cum filiusfamiliâs, de rebus credit.* Item actiones in factum *l. in factum, de Obligation. & action.* Igitur malè nos dicimus vtiles actiones filiofamiliâs dari. R. Vtiles actiones dantur filiofamiliâs tam ex maleficio quàm ex contractu, ſi pater abſit, vel præſens quidem ſit, agere autem non velit. *l. ſi longius. §. 1. de iudicijs.* Hæ actiones dicuntur vtiles quod vtilitas filiorumfamiliâs exigit, vt ſupra dictis caſibus, actiones ipſi exerceant. Hæ actiones vtiles, aliàs dicuntur actiones extraordinariæ, quia actiones parentibus propriè competunt, & filijs tantum extra ordinem dantur. Nonnunquam appellantur actiones in factum *l. in factum, de obligat. & action. quæ coniungenda eſt cum l. cum filiusfamiliâs, de obligat. action.* Actiones in factum duplices ſunt, generales & ſpeciales. Et vtilis omnis actio, dicitur generaliter actio in factum &c.

ALIVD.

Si pater iniuriam filiofamiliâs factam remittat vel donet, filio actio non datur *l. ſed ſi vnius. §. filiofamiliâs, de iniurijs.* Ergò & ſi filius iniuriam ſibi factam remiſerit, patri amplius non debet dari actio. R. Hæc diſsimilia ſunt. Patri iure ordinario, ex iniuria filio facta, competit actio. Filio datur duntaxat actio extra ordinem. Ergo pater &c.

Contra datam ſolutionem inſtari poteſt hoc modo.

Cum ex vna iniuria, tribus pluribusúe oritur actio, vnius actio

Digitized by Google

actio per alium non conſumitur *l.* 1. §. *fin. de iniurijs.* Igitur videtur dicendum, quod patre actionem ex iniuria filij ſibi competentem remittente, nihilominus filius iniuriarũ agere poſsit. R. Quod dicitur vnius actionẽ per aliũ non conſumi, ita intelligendum eſt, vt ſi filius agat, pater nihilominus poſsit agere. At ſi pater agit, non aget quoque filius, quia patre præſente, & non agente, non poteſt agere filius *d. l. ſed ſi vnius.* §. *filiofamiliàs, de iniurijs.*

ALIVD.

Si filiæ facta ſit iniuria, oritur actio patri, marito & ipſi filiæ *d. l.* 1. §. *final. de iniurijs.* Igitur malè nos dicimus, abſenti filio actionem tantum dari. R. Quod dicitur oriri actionem filiæ, hoc ita intelligendum eſt, ſi pater abſit *d. l. ſed ſi vnius.* §. *filiofamiliàs. Ibi Iuriſconſultus inquit, cum abeſt pater datur filio idcircò actio, quia veriſimile eſt patrem ſi præſens fuiſſet, acturum fuiſſe.*

ALIVD.

In l. quidam §. vltim. de verbor. obligat. l. ſi debitori §. vlt. de fideiuſſor. filiusfamiliàs fideiuſſorem accepit, & tamen pater actionem non habet in fideiuſſorem ſed filius. Ergo filius patri ſuo confeſtim actionem non acquirit. R. Ibi fideiuſſoria obligatio non ante conſtitit quàm filius ſui iuris effectus fuit, nec enim ante pecuniam credidit. Vnde nihil mirum ſi pater actionem non habet in fideiuſſorem, cum nec principalis reus ei teneatur. Sic in l. ſi verò nõ remunerandi. §. ſi filiofamiliàs, mandati, vbi filiofamiliàs mandaui vt pro me ſolueret, & emancipatus ſoluit, filiofamiliàs datur actio, propterea quod obligatio mandati non prius nata eſt, nec enim ante ſoluit filiusfamiliàs, quàm filius emancipatus fuit.

ALIVD.

Dicimus filium omnem actionem patri acquirere. Obſtat l. quidam, de heredibus inſtituendis. Quidam filiumfamiliàs voluit heredem inſtituere, ſi à patre eſſet emancipatus, ne ſcilicet quicquam ad patrem veniret. Filius petit à teſtatore, ne ſub conditione, ſi emancipatus eſſet, inſtituatur, ſed rogat teſtatorem, vt amicum ſuum heredem inſtituat. Rogat quoque ami-

Digitized by Google

cum ſuum, vt aditurum ſe hereditatem recipiat, eamque ſibi patrifamiliás facto reſtituat. Quæritur vtrum hic patri an filio actio competat? Iuriſconſultus docet filio vtilem actionem competere, Filius igitur actionem patri non acquírit. R In d. l. quidam, ipſo iure, patri actio mandati quæſita eſt, quæ tamen exceptione doli mali eliditur, quia dolo malo videtur facere qui id petit quod teſtator ad eum peruenire noluit. Hinc Iuriſconſultus dicit, actionem mandati patri inutilem eſſe, inutilis eſt, quia vt dictum eſt, exceptione eliditur, & filio datur actio vtilis.

XII. Theſis.

Sic filiusfamiliâs rectè paciſcitur, ne legatum conditionale petat, ſi conditionis exiſtentis tempore, ſui iuris fuerit, quia legatum conditionale, cuius conditio exiſtit, filio ſui iuris facto, non patri, ſed ipſi filio acquiritur.

XIII.

Filiafamiliâs quoque paciſci poteſt, ne de dote agat, cum ſui iuris eſſe cœperit.

ARGVMENTVM I.

Filiusfamiliás non poteſt paciſci, ne quod ſub conditione ſtipulatus eſt petat, ſi conditio extiterit eo tempore quo ſui iuris fuerit *l. ſi filiusfamiliâs 78. de verbor. obligation.* Igitur idem de legato conditionali videtur dicendum. R. Differentia magna eſt inter legatum conditionale & ſtipulationem conditionalem. De legato conditionali filius rectè paciſcitur, in eum caſum ſi conditio, filio ſui iuris facto, extiterit. Secus eſt in ſtipulatione conditionali. Differentiæ ratio eſt, quod ſtipulatio ex præſenti vires accipit *l. vſusfructus, de ſtipulation. ſeruor.* hoc eſt in ſtipulatione id tempus ſpectatur quo contrahimus *d. l. ſi filiusfamiliâs*, & ideò exiſtente conditione, ſtipulatio perinde habetur, ac ſi illo tempore quo ſtipulatio interpoſita eſt, ſine conditione facta eſſet, *l. potior. §. 1. qui potior. in pignor. habentur.* Si autem ſine conditione

filius

Digitized by Google

filius ſtipulatus eſſet, patri acquiſiuiſſet. Ergò &c. Legatum vires accipit ex futuro conditionis euentu, hoc eſt, in legato ſpectatur tempus quo conditio exiſtit, & idcircò exiſtente conditione, legatum perinde habetur, ac ſi tunc primum purè relictum eſſet. Si autem tunc primùm relinqueretur filio acquireretur non patri, quia filius ſui iuris eſt. Ergò &c. Ex hac ipſa ratione efficitur, quod ſtipulatore ante conditionis euentum mortuo, heres ex ſtipulatu agit exiſtente conditione. *§. ex conditionali. Inſtit. de verbor. obligat.* Mortuo autem legatario ante conditionem exiſtentē, heres ex teſtamento ad legatum conſequendum non aget, quamuis extiterit poſtea conditio, quia legatum ad heredem non tranſit. *l. vnic. §. ſin autem aliquid. C. de caduc. tollend.* Idcircò verò in ſtipulatione conditionali tempus contractus, & contra in legato tempus exiſtentis conditionis inſpicimus, quod contrahentes ſiue purè ſiue ſub conditione, id agimus, vt non tantum nobis ſed etiam heredibus noſtris conſulamus, *l, ſi pactum in fine, de probat.* At ſub conditione habito contractu, id non aſſequemur morientes pendente adhuc conditione, niſi ſtatuamus eius contractus vires ſtatim ab initio exiſtere, etiamſi nondum extiterit conditio. At qui legat, legatarium duntaxat, non etiam eius heredem ſpectat, & ideò in legatis, tempus quo conditio exiſtit inſpicimus, & ſi eo tempore legatarius in viuis non eſt, legatum extinguitur, vt ſupra dictum eſt.

ALIVD.

Dictum eſt ſtipulationem per filium patri acquiri, quia ex præſenti vires capiat. Obſtat l. quidam, §. vlt. de V. O. l. ſi debitori §. vltimo, de fideiuſſorib. Ibi filiusfamiliás ita fideiuſſorem accepit, quantam pecuniam Titio credidero, fide tua eſſe iubes? Poſt emancipationem credidit pecuniam, fideiuſſor non patri, ſed filio tenetur. Igitur ſtipulatio ex præſenti vires non accipit. R. Iſta ſtipulatio vires ex præſenti non accipit, propterea nulla procedit obligatio, cui fideiuſſor poſsit accedere.

ALIVD.

Cui ſub conditione debetur, creditor conditionalis non eſt.

eſt. Is quoque qui debet ita, conditionalis debitor non eſt,& ideò qui ſub conditione debet, & per errorem ſoluit, pendente conditione, ſolutum repetere poteſt *l. ſub conditione, de condict. indebit.* Igitur videtur dicendum quod obligatio ex præſenti vires non accipiat. R. Is cui ſub conditione promiſſum eſt,non eſt creditor, ſed tamen pendente conditione creditor dicitur in ſpe, *quemadmodum Iuſtinianus docet in §. ex conditionali Inſtitut. de verborum obligation.* Sic Vlpianus conditionales creditores docet eſſe eos qui ſpem habent vt actio competat *in l. conditionales, de verborum ſignificatione.* Nonnunquam etiam creditor abſolutè nominatur *vt in l. creditores, de V.S. & l. is cui ſub conditione, de O. & A.* At legatarius conditionalis pendente conditione non eſt creditor, neq; in ſpe, & hinc iura diuerſa manárunt &c.

A L I V D.

Filiusfamiliás legatum ſub conditione relictum ante conditionem non poteſt repudiare *l ſi ita ſit ſcriptum. §. ſi ſub conditione, de legat. 1.* Ergo & filiusfamiliás de legato conditionali non poteſt paciſci antequam conditio exiſtat. R. Aliud eſt repudiare, aliud paciſci. Repudiantur delata *l. 1. de ſucceſſor. edict.* Paciſcimur & de non delatis *l. 1. C. de pact.* Repudiatio fit in iure. Pactum quoquo modo.

XIV. Theſis.

Si in rem filiusfamiliâs pactus eſt, id eſt, ne pecunia peteretur, ita pactio eius rata habenda eſt aduerſus patrem, ſi liberam peculij adminiſtrationem habeat, & de re peculiari, non donandi cauſa pactus ſit. Si donandi cauſa fuerit pactus, non valebit pactio, filiusfamiliâs enim donare non poteſt, neque ſi liberam peculij adminiſtrationem habeat, non enim ad hoc ei conceditur libera peculij adminiſtratio vt perdat.

XV.

Non dicitur donare, filiusfam. ſi pro eo, vt ita paciſcere-

Digitized by Google

ſceretur aliquid in quo non minus, vel etiam amplius eſſet, conſecutus fuerit.

ARGVMENTVM

Dicimus in 15. propoſitione, filiumfamiliâs ita paciſci poſſe, vt aliquid in quo minus vel etiam amplius eſſet, conſequatur, & tunc filiumfamiliâs non dici donare. Contra ita argumentor. Qui paciſcitur donationis cauſa rem certam & indubitatam liberalitate remittit *l. 1. de tranſaction.* Si qui paciſcitur donationis cauſa remittit &c. tunc ſequitur filiumfamiliâs ita paciſci non poſſe vt aliquid rurſus conſequatur, quia non erit donatio. R. In d. l. 1. de tranſaction. ita legendum eſt, qui paciſcitur donationis cauſa rem certam &c. & hæc verba donationis cauſa, pertinent ad verbum paciſcitur, non ad ſequentia.

XVI. Theſis.

Vnuſquiſque ſibi non alteri paciſci debet.

XVII.

Filiusfamiliâs patri ſuo rectè paciſcitur, etſi pactus ſit, ne à patre peteretur, ſiue de eo fuerit pactus, quod cum ipſo, ſiue de eo, quod cum patre contractum eſt, patri acquirit exceptionem.

XVIII.

Contrà pater filio paciſci non poteſt. Ideoque ſi pater pactus ſit, ne à ſe, neúe à filio petatur, magis eſt, vt pacti exceptio filiofamiliâs danda non ſit.

XIX.

Quinimò ſi filius patri poſtea hêres extiterit, non habebit pacti exceptionem, quia pactum, quod ab initio inutile fuit, ex poſtfacto confirmari non poteſt.

XX.

Hoc tamen ita procedit, ſi pater paciſcatur filio tanquam filio, ſi filio tanquam heredi fuerit pactus, vtilis erit pactio, quippe heredi conſuli conceſſum eſt.

Digitized by Google

XXI.

Soli autem filio cui pater cauit & conſuluit, pactio prodeſt, reliquis coheredibus filij non proficit. Et vni ex heredibus prouidere poſſumus,ita, vt cæteris non conſulatur.

XXII.

Deniq́ue non ſolum pater filio tanquam heredi paciſci poteſt, ſed & quilibet alius.

ARGVMENTVM I.

Pater filio poteſt ſtipulari. *§. ei verò Inſtit de inutilib. ſtipulation.* Igitur pater quoque paciſci filio poteſt. R. hoc caſu à ſtipulatione ad pactum, argumentum non procedit. Pater enim filio rectè ſtipulatur, non rectè paciſcitur. Differentiæ ratio eſt hæc. In ſtipulatione ius verſatur. In pactis factum. *l. ſi vnus §. pactus ne peteret, de pactis.* Et ea in quibus ius verſatur, ſi in perſonam filij pater concipiat, patri confeſtim acquiruntur. Ea autem in quibus factum verſatur, ſi in perſonam filij concipiantur, patri non proficiunt, *l. quod dicitur, de verbor. obligat.*

ALIVD.

Dicitur in 17. propoſitione, filium patri acquirere exceptionem, ſi pactus fuerit de eo, quod cum ipſo filio contractum eſt. Contra ita argumentor. Ex contractibus filij, in ipſum filium non in patrem datur actio *l. tam ex contractibus, de iudicijs, l. filiumfamiliàs, de O. & A.* Fruſtra igitur filius patri acquirit exceptionem de eo quod cum ipſo filio contractum eſt. R. Verum eſt, quod tàm ex contractibus quàm ex delictis in filiumfamiliàs datur actio, & quidem in ſolidum, excepta tantum cauſa mutui & voti. Cæterum in patrem datur etiam actio duntaxat de peculio *l. 1 §. filiumfamiliàs, depoſiti.*

ALIVD.

Alteri ſtipulari poſſumus, vt ſeruus publicus ſiue tabularius poteſt ſtipulari rem pupilli ſaluam fore *l. 2. rem pupilli ſaluam fore.* Igitur videtur dicendũ quod etiam alteri poſsimus paciſci. R. Regulariter alteri ſtipulari nemo poteſt, *l. ſtipulatio iſta habere licere. §.*

Digitized by Google

alteri, de verbor. obligat. Sed ab hac regula tabularius excipitur, qui ſtipulari poteſt rem pupilli ſaluam fore, idque fauor pupillorum extorſit, & hoc fortè etiam ad pactum produci poſſet.

ALIVD.

Per parentes acquiritur nobis vtilis actio. *l. Caius 45. ſoluto matrimon. Ibi auus maternus ſtipulatus ſiue pactus erat nepti dotem reddi, & datur nepti vtilis actio, l. quodcunque 45. §. ſi ita quis ſtipulatus ſit. de verborum obligation. Ibi pater ſtipulatus eſt filio poſt mortem ſuam dari, & competit filio vtilis actio, licet heres patri non extiterit. l. pater 23. de pactis dotalib. l. Publia Mauia, Depoſiti. Ibi pater pactus eſt vt mortua filia, dos ſibi aut filijs ſuis redderetur, parte tertia liberis filia remanentibus, & datur vtilis actio &c. l. ſi ita conueniat, de pact. dotalib. l. Publia Mauia, Depoſit. Ibi Publia Mauia arcam cum veſte depoſuit apud Seiam & conuenit, vt ſi moreretur, reſtitueret filio quem ex alio marito ſuſcepit. Et tenetur filio reſtituere, l. pater. C. de pact. conuentis.* Cum igitur per parentes vtilis actio nobis acquiratur, omninò videtur dicendum, per parentes nobis quoque acquiri pacti exceptionem. R. Pacti exceptio per parentes nobis non acquiritur At vtiles actiones acquiri poſſunt propter ſummam parentum in liberos affectionem. *d. l. Caius, ſoluto matrimon.*

ALIVD.

Nuncius nobis paciſci poteſt *l. 2. de pactis.* Igitur alteri quis paciſci poteſt. R. Nuncius alteri non paciſcitur, ſed eſt nudus tantum miniſter pactionis quæ fit inter abſentes.

ALIVD.

Fideiuſſor poteſt paciſci ne à reo petatur *l. idem cum l. ſeq. de pact.* Ergo &c. Hoc propter vicinitatem obligationum receptũ eſt.

ALIVD.

Tutor pupillo poteſt paciſci, procurator domino, Magiſter ſocietatum ſocietati, ſeruus item domino. Igitur &c R. Hi omnes à regula, alteri paciſci non poſſumus, excipiendi. Sic in feudis poteſt frater fratri ſtipulari ſecundum Bald & Salicet. *in l. fin. C. res inter alios actas.* Propter iuramentum quoq; validatur ſtipulatio alteri facta. *Gabrielius Romanus lib. 3. de verbor. obligation. concluſ. 1.*

Digitized by Google

ALIVD.

Quod initio vitioſum eſt, tractu temporis non conualeſcit. Hæc regula Catoniana eſt *l 1. de regul. Catonian.* & propriè pertinet ad legata, & ideo poſt libros de legatis, ponitur in ff. titulus, de Regula Catoniana. Habet etiam locum in contractibus. Vt ſtipulatio quæ ab initio inutilis eſt, ex poſtfacto non conualeſcit. Vt ſi quis rem ſuam ſibi dari ſtipuletur purè, ſtatim ab initio inutilis eſt ſtipulatio, nec conualeſcit ex poſtfacto, ſi res ſtipulatoris eſſe deſierit. *§. 1. Inſtit. de inutil. ſtipulat.* Emptio quoque quæ ab initio non habet vires, ex poſt facto non confirmatur, vt rei ſuæ emptio ab initio non valet, & ideò licet quis rem ſuam alienauerit, non tamen ſtipulatio conualeſcit *l. ſua rei emptio, de contrah. emption.* Cæterum regula Catoniana non habet locum in legatis & Inſtitutionibus conditionalibus, itemque in contractibus initis ſub conditione, & multò minus ad omnia negotia poteſt pertrahi.

ALIVD.

In l. eum qui ita. §. 1. de verbor. obligat. promiſſor coheredibus nonnullis conſulere non potuit, quibus tamen voluit conſulere. Pone; Sempronius ſtipulanti promiſit, ſe & Titium heredem 10. daturum. Poſteà plures heredes reliquit, omnes tenentur pro portionibus hereditarijs, non ſolus Titius. R. Hoc ideò quod obligationem quæ in ſe cœperat, in vnum ex heredibus puta in ſolum Titium conſtituere voluit, quod lex 12. tabul. non permittit. Ex lege enim *12. tabular.* obligatio, quæ in defunctum cœpit, in omnes tranſit heredes, & ſiquidem diuidua eſt obligatio, heredes promiſſoris tenentur pro portionibus hereditarijs: ſi obligatio ſit indiuidua, ſinguli in ſolidum tenentur, *l. heredes, famil. herciſcund. l. 2. de verbor. obligation.* Si pater filio paciſcatur, non datur filio exceptio pacti, ſed doli mali. Ne dixeris nihil intereſſe, exceptio pacti detur an doli. Nam etſi nihil effectu intereſt, ratio tamen tollendæ obligationis ordoque longè diuerſus eſt, quem ſi negligamus, ſi non quo ordine oportet res agamus, & in iudicium veniamus, omnium iudiciorum futura perturbatio eſt. *Cuiacius in l. ſi vnus. §. ſi acceptilatio, de pactis.*

DISPV-

Digitized by Google

DISPVTATIO IN TIT. DE PACTIS TERTIA,

Ad quam Reſpondebit

M. GEORGIVS LOCHNERVS Erphordenſis.

Propoſita eſt hæc diſputatio in Illuſtri Iulia 28. Septemb. Anno Domini 1577.

Theſis I.

SVper omni re familiari ſiue priuata paciſci poſſumus. Si ergo paciſcar, ne iudicati vel ædium incenſarum agam, hoc pactum valet.

II.

Si item paciſcar, ne operis noui nunciationem exequar, etſi quidam putarunt non valere pactionem, quaſi ea in re Prætoris imperium verſetur: tamen Labeonis ſententia vera eſt, etiam huiuſmodi pactionem validam eſſe, ſi ex re familiari operis noui nunciatio ſit facta: Si de re publica non valebit.

III.

De furto quoque & iniurijs iam factis paciſci poſſumus. At ſi paciſcar, ne furti agam vel iniuriarum ſi feceris, pactio non valebit, expedit enim timeri furti vel iniuriarum pœnam.

IV.

Sed & ſi quis paciſcatur ne depoſiti agat, valet pactum. Item ſi quis pactus ſit, vt ex cauſa depoſiti omne periculum præſtet, æquè pactio valet.

ARGVMENTVM I.

Totum ius, quo hodie vtimur ius priuatum eſt. *l. 1. §. huius ſtudij, de inſtit. & iur. § huius ſtudij, Inſtit. Eod.* At ſuper toto illo iure paciſci non poſſumus. Ergo noſtra propoſitio eſt falſa, in qua dicimus, quod ſuper omni re priuata, paciſci poſſumus. R. Ambiguitas eſt in verbo priuatum, quod in d. l. 1. ſignificat, quod ad ſingulorum vtilitatem pertinet, & ſingulorum hominum cauſa, in genere conſtitutum eſt, quamuis tibi vel mihi nondum. competat. At hic priuatum ius ſignificat illud ius, quod non tantum mea cauſa conſtitutum eſt, verum etiam mihi in ſpecie competit, ſuper hoc iure, mihi iam competente, paciſci poſſum. At ſuper iure quod mea quidem & omnium hominum cauſa conſtitutum eſt, ſed mihi in ſpecie nondum competit paciſci non poſſum. Vt non poſſum paciſci ne iudicati agam, ſi mihi aliquando condemnatus fueris &c. Bartolus hæc ita tradidit, ſuper iure priuato, publica authoritate mihi conceſſo, paciſci poſſum, *in l. iuriſgentium, §. ſi paciſcar, de pact.*

ALIVD.

Incenſio ædium, publicum crimen eſt, & qui dolo malo incendium facit, tenetur l. Cornelia de ſicarijs, *l. 1. in princ. l. ſi quis dolo, ad l. Corneliam, de Sicarijs l. capitalium. §. incendiarij, de pœnis. l. qui ædes & l. vlt. de incendio, ruina, naufragio.* Igitur malè incenſionem ædium inter res priuatas referimus. R. Incenſio ædium vel ſcienter fit, & dolo malo, vel imprudenter per incuriam & negligentiam. Priori caſu, incenſio ædium, inter crimina publica refertur. Poſteriori caſu actio ciuilis eſt, *d. l. capitalium. §. incendiarij, vbi dicitur fortuita incendia, ciuiliter exercentur.* Et de fortuitis incendijs nos cum Iuriſconſulto Vlpiano loquimur. Et ſi ædes meæ per incuriam & negligentiam, abſque dolo incenſæ ſunt, mihi incenſarum ædium actio competit, eamque paciſcendo remittere.

ALIVD.

Remiſſio nunciationis factæ, fit authoritate Prætoris *l. 1. §. & poſt operis noui, de noui operis nunciation. Ibi dicitur poſt operis noui nunciationem, litigatores ſe prætoriæ iuriſdiction. committere.* Igitur ſuper re-

per remiſsione nunciationis, pactum fieri non poteſt. R. Super hac quæſtione, an pactio ſuper remiſsione nunciationis fieri poſſet, Iuriſconſulti inter ſe diſſenſerunt. Quidam putârunt non valere pactionem, quaſi ea in re Prætoris imperium verſetur *l. iuris gentium §. ſi paciſcar, h. t.* Contra Celſus tradidit, vtilem eſſe pactionem, ex eaq; ei, cui nunciatum eſt nouum opus, dandam eſſe conuentionis exceptionem. Nec eſſe periculum dixit Celſus, ne pactio priuatorum, iuſſui Prætoris antepoſita videatur. Quia prætor nihil aliud agebat, quàm vt controuerſias eorum dirimeret à quibus ſi ſponte receſſerunt, debet id ratum habere, *l. 1. de operis noui nunciat.* Labeo autem qui qualitate ingenij, & fiducia doctrinæ multa innouauit, *vt dicitur, in l. 2. de Origin. Iur.* huiuſmodi diſtinctionem adhibuit. Aut opus in publico factum eſt; aut in priuato, ſi in priuato, tunc pactio facta, ſuper remiſsione nunciationis, valet. Si in publico, non valet. Et hanc diſtinctionem Labeonis Vlpianus probat.

ALIVD.

Pactio huiuſmodi, ne dolus præſtetur, non valet *l. ſi vnus. §. illud, de pactis. l. contractus, de R. I.* Sed qui paciſcitur ne depoſiti agat, vi ipſa pactus videtur ne de dolo agat, *d. l. ſi vnus. §. illud.* Videtur igitur dicendum huiuſmodi pactionem non valere. R. Expreſsè paciſci non poſſum, ne dolus præſtetur. At tacitè facta pactio, ne de dolo agatur, valet. Et ſæpius contingit vt quædam nominatim expreſſa, afficiant, quamuis omiſſa tacitè intelligi potuiſſent, nec eſſent obfutura *l. nonnunquam contingit de condition. & demonſtrat. l. expreſſa, de R. I.*

ALIVD.

Dicimus ſuper omni re familiari ſiue priuata paciſci nos poſſe. Obſtat. l. 3. C. de in litem iurand. Ibi dicitur quod non liceat paciſci de ſumma quæ in condemnationem deducta eſt à iudice, iuſiurandum in litem ſequente. R. Interpp. dicunt ibi agi de minore, qui paciſcitur, ſed vox quondã ſatis indicat, agi, ibi de maiore. Ratio autem illa eſt. Ideò maior ibi, ſuis quondam curatoribus remittere de ſuo iure nihil poteſt, quo magis ipſi puniantur qui dolo

dolo verſati ſunt in adminiſtratione curationis, idque non tàm ob vtilitatem minorum, quàm in odium curatorum introductum eſt.

ALIVD.

Super re aliena paciſci non poſſumus *l. Inter debitores, de pactis, l. debitorem, l. pacto C. eod.* At res aliena, res priuata eſt. Sequitur igitur quod ſuper omni re priuata non poſſumus paciſci. R. Super re priuata poſſumus paciſci, propria ſcilicet non aliena.

ALIVD.

Qui pactus eſt, ne noui operis nunciationem, ſuper re publica factam exequatur, non poteſt poſtea exequi nunciationem noui operis. *argumento. l. ſi maritus. §. ſi negauerint, ad l. Iuliam. de adulterijs. Ibi Iuriſconſultus docet, quod patre & marito negantibus ſe adulterum accuſaturos, ſtatim extranei admittantur, & addit Iuriſconſultus eum qui negauerit ſe acturum poſtea non audiendum.* A ſimili ergò videtur dicendum, quod pactus non exequi nunciationem noui operis, poſtea audiri non debeat. Pactio igitur valet, quia alias poſſet exequi noui operis nunciationem. R. Hæc ſimilia non eſſe, quemadmodum quoddam Pœdij argumentum, Vlpianus diſſoluit *in l. Inter ſtipulantem. §. ſacram. de verbor. obligat.* Ideò ſimilia non ſunt, quia pater vel maritus iure poſſunt negare ſe accuſaturos, & vbi ſemel ſe acturos negauerunt, poſtea non admittuntur ad accuſandum. Qui autem paciſcitur, ne operis noui nunciationem ſuper re publica factam, exequatur, non iure paciſcitur, & ideò pactione non obſtante, nihilominus noui operis nunciationem exequi poteſt, atque ita rectè gloſſa cenſuit quam Bartolus & alij probárunt &c.

V. Theſis.

Si ante aditam hereditatem heres purè ſcriptus, paciſcatur cum creditoribus hereditarijs, vt minus ſoluatur, pactum valiturum eſt, ſiue heres neceſſarius ſit, ſiue ſuus & neceſſarius, ſiue extraneus.

VI.

Si heres ſub conditione ſcriptus ita pactus fuerit, ſiquidem

Digitized by Google

quidem ſuus & neceſſarius, vel extraneus eſt, valet pactio: Si neceſſarius tantum, non valet. Nam quod ſeruus in ſeruitute agit, poſt libertatem ei proficere non ſolet.

VII.

Sane doli exceptio, quæ ſubſidium eſt pacti exceptionis, ſeruo dabitur.

VIII.

Ita demum tamen pactio huiuſmodi creditoribus obeſt, ſi conuenerint in vnum, & communi conſenſu declarauerint, quota parte debiti contenti ſint. Si diſſentiant, tunc Prætor partes ſuas interponet, & decreto ſuo ſequetur maioris partis voluntatem.

IX.

Maiorem verò partem accipimus ex modo & quantitate debiti, non ex numero perſonarum. Et ideo ſi duo fuerint quibus debeantur centum, & tres quibus debeantur quinquaginta, non quod his, ſed quod illis viſum fuerit, Prætor ſequetur.

X.

Quod ſi creditores ſint æquales in cumulo debiti, vt ſi ſint quinque creditores, & ſingulis debeantur quinquaginta, tunc plurium numerus creditorum præferendus eſt, & quod tribus creditoribus placuerit, ratum habebitur.

XI.

Si tamen plures ſint creditores qui eandem actionem habeant, vnius loco erunt: Vtputa plures ſunt rei ſtipulandi, vel plures argentarij quorum nomina ſimul ſunt facta, vnius loco numerabuntur, quia vnum debitum eſt.

XII.

Similiter cum tutores pupilli creditoris plures con-

Digitized by Google

ueniunt, vnius loco numerantur, quia vnius pupilli nomine conuenerunt. Sic vnus tutor plurium pupillorum, vnum debitum prætendentium, vnius loco eſt. Nam & is cui ex pluribus cauſis debetur pro vno computatur, nec actiones numerantur.

XIII.

Si creditores ſint pares, & debiti quantitate & numero perſonarum, eorum ſententiam Prætor ſequetur, qui dignitate inter eos præcellunt.

XIV.

Si omnia vndique in vnam æqualitatem concurrant, humanior ſententia à Prætore eligenda eſt. Humanior autem ſententia eſt eorum, qui ex credito plus volent remittere.

XV.

Sic in pari creditorum numero, & pari quantitate debiti, eorum creditorum ſententiam tanquam humaniorem amplectimur, qui debitori inducias quinquennales concedunt, non illorum, qui miſerabile ceſsionis bonorum auxilium exigunt.

XVI.

Non ſolum autem creditorum pactio præſentibus creditoribus nocet, ſed etiam abſentibus. Illi enim exemplum præſentium ſequi tenentur.

XVII.

Idque etiam ad priuilegiarios abſentes perducimus. Diuus enim Pius reſcripſit, Fiſcum quoque in his caſibus in quibus hypothecas non habet, & cæteros priuilegiarios, exemplum creditorum ſequi oportere.

XVIII.

Si tutor cum in eo pupillus eſſet, vt ab hereditate patris abſtineretur, cū pleriſq; creditorib. decidit, vt certam portionē acciperent, ipſe quoq; qui cæteros ad portionem vocauit, eadē parte contentus eſſe debet. *AR-*

ARGVMENTVM I.

Quod ſeruus in ſeruitute agit, poſt libertatem ei proficere non ſolet, *l. iuriſgentium, §. ante aditam hereditatem. de pact. l. quod quis, de R. I.* Quod quis dum ſeruus eſſet, egit, libero facto prodeſſe non ſolet. Sed obſtat l. ſi ſerua ſeruo, de iure dotium. Ibi ſerua, ſeruo quaſi dotem dedit. Deinde ambo ad libertatem peruenerunt, peculio eis non adempto. Id quod in ſeruitute, quaſi in dotem datum fuit, poſt manumiſsionem pro dote habetur. Textus ergo ibi, quod actum in ſeruitute, libero facto proficiat. R. Id fauore dotium, iure ſingulari receptum eſſe. Sic alia multa propter fauorem dotium, paſsim recepta ſunt, vt rectè Iuriſconſultus ſcribat, dotis cauſam ſemper & vbiq; præcipuam eſſe *in l. 1. ſolut. matrimon. quemadmodum dos petatur.*

ALIVD.

Agens ſine intereſſe non eſt audiendus. Sed heres qui paciſcitur cum creditoribus hereditarijs, ſine intereſſe id facit, cum ante aditam hereditatem debitor non ſit. Videtur igitur dicendum, quod non ſit audiendus, & quod pactio non valeat. Hoc argumentum à Dd. mouetur, in §. ſi ante aditam hereditatem, & reſpondetur recte ad hunc modum. Quod pactum confertur in tempus quo erit paciſcens debitor, & quo ſua intererit. Et qui debitor paulò poſt futurus eſt, pro debitore habetur. Sic Licentiandus pro Licentiato habetur. Cingendus pro cincto &c.

ALIVD.

Creditores ideò paciſcuntur cum herede ſuo & neceſſario, quia beneficium abſtentionis habet. Et cū herede extraneo, quia poteſt repudiare hereditatem. Sed neceſſarius heres, neq; abſtentionis neq; repudiationis beneficiū habet, ſed omninò velit nolit, heres eſſe cogitur, & inde neceſſarius dicitur. Videtur igitur dicendum, quod creditores cū herede neceſſario fruſtra paciſcantur in portionem crediti, cū vt dictum eſt, heres neceſſarius, velit nolit ſit heres. R. Verū eſt quod neceſſarius heres nō habet beneficiū abſtentionis ſiue repudiationis. Habet tamē beneficiū ſeparationis id eſt,

poteſt petere, vt ſua bona, quæ poſt mortem domini acquiſiuit, à domini defuncti bonis ſeparentur, & ſibi reſeruentur. Et cum petit neceſſarius ſeparationem, nullæ difficultates poſſunt incidere, neceſſario dicente, ſe illa & illa bona, poſt mortem ſui domini acquiſiuiſſe. Ex huiuſmodi difficultatibus ſe vt extricent creditores, rectè faciunt ſi paciſcantur & tranſigant cum neceſſario herede, atque ita tranſactio illa ſiue pactio fruſtrà non ſuſcipitur.

ALIVD.

Quod omnes tangit, ab omnibus debet approbari. Sed vt heredi ſcripto, portio crediti remittatur omnes tangit. Ergo hoc ab omnibus debet approbari. R. ad maiorem. Maior vera eſt, & quod omnes tangit, ab omnibus debet approbari, ſi damnum & incommodum inde ſint habituri, & nullum emolumentum vel commodum. Verbi gratia, debitor principalis viuit, maior pars creditorum, paciſcitur in portionem crediti cum debitore. Hic maior pars paciſcentium, illis qui pacti non ſunt, non præiudicat. Ratio eſt, quia qui pacti non ſunt, nihil vtilitatis, nihil emolumenti, vel commodi, ex pactione, à maiori facta parte, conſequuntur. Nam debitor illis obligatus fuit ante pactionem factam. Secus verò eſt, quando maior pars creditorum cum herede ſcripto, in portionem crediti paciſcitur ante aditam hereditatem. Hic ex pactione maioris partis, reliqui creditores emolumentum & commodum conſequuntur. Nam certum conſequuntur debitorem, quem conuenire, & à quo debitum petere poſſunt. Etſi heres ſcriptus non adiret hereditatem propter æs alienum quod metuit, cogerentur ipſi creditores hereditatem vendere, & multis omninò moleſtijs & difficultatibus implicarentur. Et ideò cum commodum percipiant ex pactione creditores, quod maior pars creditorum approbat, reliqui ratum habere coguntur.

ALIVD.

Heres repræſentat defunctum, & vna eademque perſona cum defuncto eſſe cenſetur, iuribus vulgatis. Sed ſi creditores cum defuncto paciſcantur, maior pars, minori non præiudicat, atq; ita

Digitized by Google

ita Dd. hic tradiderunt. Ratio ſupra expoſita eſt. Igitur & ſi cum herede paciſcantur, maior pars minori præiudicare non poteſt. R. Concedo totum argumentum rectè intellectum. Si creditores paciſcantur cum herede, qui iam adiuit hereditatem, pactio maioris partis minori non nocet. Quia adita hereditate, habent iam creditores quem conueniant. Et heres perſonam defuncti repræſentat. Verum nos hic loquimur in illis terminis, quibus creditores cum herede ſcripto, ante aditam hereditatem paciſcuntur. Hic maior pars paciſcendo minori nocere poteſt.

ALIVD.

In 17. propoſitione dicitur, quod creditores præſentes, nocent abſentibus priuilegiarijs, non etiam hypothecarijs. At in l. fin. C. qui bonis cedere poſſunt, non diſtinguitur inter creditores priuilegiarios & hypothecarios, ſed in pari creditorum numero & pari quantitate debiti præferuntur creditores, qui inducias quinquennales debitori volunt concedere eo non attento quod alij, ceſsionem bonorum vrgentes, hypothecas & pignora habent. Ratio diuerſitatis eſt hæc, ſecundum Dd. quoniam in d. l. vlt. C. qui bonis cedere poſſunt, de minori præiudicio agitur. Induciæ enim debitori tantum dantur ad ſoluendum, Hic de maiori præiudicio controuertitur. Agitur enim de parte crediti remittenda, & ideò creditores illis nocere non poſſunt, qui pignora & hypothecas habent, cum aliàs illis ſatis conſultum ſit etiamſi creditores cum herede pactionem nullam faciant.

ALIVD.

Non debet alteri per alterum, iniqua conditio inferri, Sed ſi præſentes nocent abſentibus, & abſentes exemplum præſentium ſequi tenentur, tunc infertur abſentibus per præſentes iniqua conditio. Videtur igitur dicendum hoc fieri non debere. R. Interpretes ita reſpòndent, quod præſentes non nocent abſentibus, ſed lex hoc facit. Sed melius dicemus, non noceri abſentibus, cum abſentes per pactionem præſentium conſequantur quem conuenire poſsint &c.

ALIVD.

Dicitur in 18. propoſitione creditores in vnum conuenire

Digitized by Google

debere & communi conſenſu declarare quota parte debiti contenti ſint. Obſtat l. per fundum, de ſeruit. ruſticor. prædior. Ibi dicitur per fundum qui plurium eſt, ius eundi agendi ſeparatim mihi cedi poſſe. Ergo creditores ſeparatim etiam poſſunt indicare quota debiti parte eſſe velint contenti. Bartol. ita reſpondet. Pactum plurium hic nocere alijs, & ideò requiri vt omnes conuocentur in vnum. Ibi autem pactum vnius alteri non nocere, *quam expoſitionem. textus in d. l. per fundum confirmat & textus in l. receptum commun. prædior. tam vrbanor. quàm ruſticor.*

ALIVD.

Quod maior pars efficit, pro eo habetur ac ſi omnes egiſſent *l. quod maior pars ad municipal.* Videtur igitur dicendum, non neceſſe eſſe, vt omnes conueniant. R. Quod maior pars facit, pro eo habetur ac ſi omnes feciſſent, Verum eſt in cauſis vniuerſitatum. Aliá, ſecus eſt, Bartolus ita reſpondet. Legem quod maior, loqui in his quæ ſunt communia pluribus vt vniuerſis. Nos verò hic loquimur de his quæ ſunt communia pluribus vt ſingulis.

ALIVD.

Fiſcus ſemper habet tacitam hypothecam *l. aufertur, §. fiſcus, de iure fiſci l. 1. & 2. C. In quibus cauſis pignus tacitè contrahitur.* Igitur malè dicimus, fiſcum aliquibus caſibus hypothecam non habere. R. Fiſcus non habet tacitam hypothecam cum priuato ſuccedit, & quando ſibi debetur ex delicto.

XIX. Theſis.

Ius publicum priuatorum pactis mutari non poteſt.

XX.

Hinc non valet pactio, vt filia quæ nuptui collocatur, patri ſuccedat ex ſemiſſe.

XXI.

Si filius item pactus fuerit, quod certis rebus contentus eſſe, & de inofficioſo agere non velit, rata non habebitur conuentio.

Non

XXII.

Non valet quoq; huiuſmodi conuentio, ſi me heredem non feceris, centum dabis.

XXIII.

Sic non valet pactio, ſi filia promiſerit, ſe dote contentam fore, nec vllum regreſſum ad bona paterna habituram.

XXIV.

Hanc tamen pactionem Pontifex approbat, ſi iuramento non vi nec dolo præſtito firmata fuerit.

XXV.

Si maritus promiſerit vxori, ſe donaturum, addita certa pœna ni donauerit, pactum inualidum eſt, non minus, quàm ſi inter virum & vxorem conuenerit, ne ob res donatas agatur, vtroque enim pacto Ius ciuile impugnatur.

XXVI.

Denique ſuper quota litis paciſci non licet, &, vt Vlpianus inquit, ſumptus quidem prorogare litiganti honeſtum eſt: paciſci autem vt non quantitas eo nomine expenſa cum vſuris licitis reſtituatur, ſed pars dimidia eius quod ex ea lite datum erit, non licet.

ARGVMENTVM I.

Obſtat l. licet C. de pactis. Ibi duo ad diſcrimen belli pergentes pacti inter ſe ſunt, vt qui ſuperuiueret alterius hereditate potiretur. Et hoc pactum valet. Igitur valebit etiam pactio vt filia ſit heres ex ſemiſſe, vel vt contenta ſit dote, vel vt filius contentus ſit certis rebus, nec de inofficioſo agat. R. Lex licet loquitur de militibus. Illi ſuper futura hereditate paciſci poſſunt cum ad diſcrimen belli pergunt, ſecus eſt in aliis priuatis. Quod autem milites de futura hereditate paciſcuntur, fauore militiæ receptũ eſt, cuius fauore & pleraque alia militibus indulta ſunt quæ aliis denegantur.

AL I-

ALIVD.

Quod poteſt fieri teſtamento, poteſt etiam fieri pacto *l. pactum inter heredem, de pactis.* Sed teſtamento inducitur hereditaria ſucceſsio. Igitur & pacto. R. Ad maiorem, maior eſt vera quando in pacto eadem ratio verſatur quæ verſatur in teſtamento. Sed hic ratio eſt diuerſa. Teſtamento hereditaria ſucceſsio inducitur, vt Titius ſi vult poteſt me heredem ſcribere, quia ibi eſt libera voluntas teſtandi. Si pacto diceremus induci hereditariam ſucceſsionem, iam impediretur libera illa teſtandi facultas, & ideò pactum de futura ſucceſsione non valet.

ALIVD.

A conſuetudine ad pactum rectè argumentamur. Sed conſuetudine hereditaria ſucceſsio induci poteſt, vt per conſuetudines feudales & ſingularium ciuitatum conſuetudines probatur. Igitur & pacto. R Maior quandoque procedit non ſemper. Imò conſuetudo fortior eſt pacto, & valet ſæpius vbi pactum valere non poteſt. *Bald. c. 1. §. filius nati, ſi de feudo fuer. controu. inter dom. & agnat.* Ratio diuerſitatis eſt, quia conſuetudo tacito populi conſenſu inducitur. Pactum eſt priuatorum tantum.

ALIVD.

Hæc conuentio, ſi me vel filium meum exheredaueris centum dabis, valet *l. quidam 132. de verbor. obligat.* At per hanc conuentionem hereditaria ſucceſsio inducitur. Si enim me exheredaueris, heredem me non ſcripſeris, incides in pœnam. Igitur pacto hereditaria ſucceſsio induci poteſt. R. Conuentio ſupra dicta valet, quia non apertè ſed tacitè hereditariam ſucceſsionem inducit. Hæc autem conuentio ſi me heredem non ſcripſeris vel ſimilis, dabis centum, apertè inducit hereditariam, & ideò non valet *l. ſtipulatio hoc modo concepta, de verbor. obligation.* Et habet hic regula locum. Nonnunquam contingit &c. *l. cum nunquam contingit, de condit. & demonſtration. l. expreſſa de R. I.* Deinde & ideò conuentio ſupra dicta valet, quia non tàm videtur fieri ob id vt quis ſuccedat, quàm vt exheredationis notam effugiat. Exheredatio nota quædam eſt *l. multi non nota, de liber. & poſth.*

ALI-

ALIVD.

Obligationes non debent procedere ex aliena voluntate quemadmodum ex definitione obligationis intelligitur. Sed ſi pacta de futura ſucceſsione non valent, tunc pendet obligatio ex aliena voluntate. Etenim ſi ille cum quo feci pactum de futura ſucceſsione me heredem ſcribat, valet pactum & obligatio ſortitur vires. Si non ſcribat non valet pactum Ergo &c. R. Si ſcriptus ſim heres ab eo, cum quo feci pactum de futura ſucceſsione, tunc heres fio non propter pactum, aut vi & virtute pacti & conuentionis, ſed propter inſtitutionem, & vi ac virtute inſtitutionis.

ALIVD.

Obſtat l. ſi quis ſeruum, de action. empti. Ibi ſeruum, quem cum peculio vendideram manumiſi. Non ſolum peculij nomine, quod ſeruus habuit, emptori teneor ſed etiam teneor emptori cauere quicquid ex hereditate liberti ad me peruenerit me reſtituturum. Igitur pactum de futura ſucceſsione valet. R. Ibi fit pactio non directò & principaliter ſuper futura hereditate ſed in conſequentiam præcedentis contractus, & non tam videtur fieri ſuper hereditate quàm ſuper intereſſe ipſius emptoris. Manumiſſo enim ſeruo quem vendideram, teneor in id emptori quod eius intereſt.

ALIVD.

Obſtat l. 3. pro ſocio, Ibi Iuriſconſultus docet quod ſuper futura hereditate ſocietas coiri poſsit. Igitur contractus de futura ſucceſsione valet. R. Pacta de futura ſucceſsione non valent, quæ ſcilicet fiunt ſpecialiter de alicuius certi hominis hereditate vel ſucceſsione. At ſi generaliter incipiantur pacta, neq; in mortem alicuius ſpecialiter dirigantur, tunc valere poſſunt. Et ſic poteſt contrahi ſocietas, vt, ſi quo iuſta hereditas obuenerit ſit communis *d. l. 3. pro ſocio.*

ALIVD.

Spem futuram donare aut vendere licet *l. ſpem futuræ actionis. C. de donation. l. 8. de contrah. emption.* Igitur licet etiam vendere ſpem futuræ hereditatis, quia illa optima ſpes eſt. R. ad antece-

H dens,

dens, illud verum eſſe, ſi nihil inde improbitatis ſequatur, ſed venditio ſpei quæ fit de futura ſucceſsione eſt improba, quia inducit votum captandæ mortis alterius.

ALIVD.

Sed obſtat l. nam hoc modo, de heredit. vel actionib. vendit: In illa lege apertè dicitur, quod ſpes hereditatis vendi poſsit. R. Ibi non agitur de ſpe hereditatis futuræ; ſed de ſpe hereditatis iam delatæ & quæ iam obuenit, ideoque non dicitur ſimpliciter ſpes ſed quaſi ſpes. Et emtor emit hereditatem, ignorans quid & quantum ſit in hereditate, atque ita contrahentium reſpectu eſt ſpes hereditatis.

ALIVD.

In l. 1. l. cum proponas C. de pactis. & l. de fideicommiſſo. C. de transact. dicitur, pacta de futura ſucceſsione valere. Ergo &c. R. In illis legibus agitur de fideicommiſſoria hereditate, de qua paciſci licet, non de alia. Ratio eſt, quia per pactum quod fit ſuper hereditate fideicommiſſoria tollitur improbabile votum captandæ mortis alterius *d. l. de fideicommiſſo. C. de transact.* Ad eundem modum reſpondendum eſt ad l. cum arthemidorum. C. vt in poſſeſs. legator. mittatur.

ALIVD.

Rurſus obijcitur l. ſi conſtante §. ſi vir, ſolut. matrimon. Ibi maritus ſeruum dotalem manumiſit, & Iuriſconſultus dicit, maritum cauere debere vxori, ſe reſtituturum quicquid ex bonis liberti ad eum perueniſſet. R. Accurſius ibi reſpondet, tolerari ibi pactionem ſuper futura ſucceſsione, ratione præambuli alicuius contractus id eſt, ibi valet pactio quia eſt facta in conſequentiam præcedentis alicuius contractus, non principaliter ſuper hereditate.

ALIVD.

Pater non eſt heres filij emancipati, niſi ex contractu fiduciæ: *§. fin. Inſt. de legit. agnator. ſucceſſ.* Igitur hereditaria ſucceſsio, contractibus induci poteſt. R. Proxima cauſa quod pater filio emancipa-

cipa-

Digitized by Google

cipato ſuccedit eſt manumiſsio. Remota fiducia, & pater non aliter manumittere poteſt, quàm ſi fiduciam contraxerit. Fiducia autem nihil aliud eſt quàm redhibendi vel reuendendi lex venditioni appoſita, quod vt rectius intelligatur ſciendum eſt, quod olim pater non poterat filium emancipare, niſi ter vendidiſſet filium & quidem ſeriò. Nam manumiſſus à primo emptoris, tacitè in patris poteſtatem recidebat, idemq; fiebat ſi ſecundò venditus & manumiſſus eſſet. Poſt tertiam venditionem, ſecuta manumiſſione filius patris poteſtate exibat, & ſui iuris fiebat: Et hoc totum lege 12. tabular. cautum fuit, ſi pater &c. Quia verò lex 12. tabular. nimis erat dura, ideò interpretatione prudentum ſic mollita eſt, vt triplici mancipatione & manumiſsione intercedente, filius è patris poteſtate exiret. Porrò ſolebat pater qui filium emancipare volebat, & ideò ter vel ſeriò, vel imaginariè illum vendebat, venditioni hanc legem adſcribere, vt filius tertio venditus ſibi ab emptore reuenderetur, idque ideò faciebat, vt per manumiſsionem, ipſe iura legitimæ ſucceſsionis ſibi acquireret. Caius 1. Inſtit. t. 6. Hîc igitur filius à parente poſtea manumiſſus, dicebatur contractâ fiduciâ manumiſſus, atque ita intelligitur proximam cauſam quod filio emancipato pater ſuccedit eſſe manumiſsionem Remotam, fiduciam contrectare. Hodiè emancipationes, ſemper contracta fiducia intelliguntur fieri *l. fin. C. de emancipat. liber.*

A L I V D.

In l. 2. de hered. vel action. vend. dicitur, in venditionem hereditatis venire hereditatem impuberis, cui venditor ſubſtitutus erat, maximè ſi iam delata impuberis hereditate, venierit hereditas. Ergò, etiam non delata hereditate. R. Dictio maximè, ita accipienda eſt, non quaſi aliàs idem ſit, ſed quaſi aliàs idem non ſit, & idem valet quod vtiq;.

A L I V D.

Pacta in pertinenti facta, inſunt bonæfidei iudicijs, *l. iuriſgentium, de pactis.* Igitur pactum doti dationi adiectum quoque inerit. R. Pacta inſunt ſi natura pactorum talis ſit,

vt ineſſe poſsint. Sed hoc pactum non poteſt ineſſe quia eſt contra bonos mores.

ALIVD.

In omnibus maximè autem in iure æquitas eſt ſpectanda *l. In omnibus, de R. I.* Sed hoc pactum vt filia ſit heres ex ſemiſſe, æquum eſt, & hoc pacto ſucceſſio deducitur ad cauſam inteſtati. Igitur valebit. R. Verum eſt ſucceſsio quidem hoc pacto deducitur ad cauſam inteſtati. Sed propterea pactum non eſt æquum. Imò ſi valeret, liberam teſtamenti factionem impediret & non ſineret eſſe ambulatoriam hominis voluntatem vſque ad ſupremum ſpiritum &c.

ALIVD.

Diuiſio bonorum quocunque modo inter liberos facta, rata eſt *l. final. C. famil. erciſcund.* : Sed hoc pactum vt filia ſit heres inducit diuiſionem bonorum. Igitur valet. R. Pactum inducit diuiſionem bonorum, ſed non ſinit liberam eſſe voluntatem vſque ad extremum vitæ ſpiritum. Si enim valeret pactum, pater obligatus eſſet ad pactum ſeruandum, atque ita diuidere hereditatem ſuam inter liberos non poſſet, poſt pactum interpoſitum &c.

ALIVD.

Omnes licentiam habemus renunciandi ijs quæ pro nobis introducta ſunt *l. ſi quis in conſcribendo. C. de Epiſcop. & Clericis l. penult. C. de pact.* Igitur & filia ſuo iuri poteſt renunciare. R. Renunciare poſſumus ijs quæ in fauorem noſtrum tantum inducta ſunt. Sed ſi ea quibus renunciamus ſint introducta ob vtilitatem publicam, tunc ijs renunciare non poſſumus. Hereditas iure publico filiæ defertur, & ideò antequam ei delata fuerit fruſtra ei renunciat.

ALIVD.

Iuri ſuo renuncians amplius regreſſum ad id non habet Ergò nec filia habet regreſſum. R. Renuncians iuri cui potuit renunciare. Sed filia non potuit futuræ adhuc hereditati renunciare &c.

ALIVD.

Hereditate repudiata, nullum repudians ad hereditatem regreſſum

regreſſum habet. Igitur quoque renunciatione facta, nullum amplius renuncians regreſſum habebit, cum renunciatio ſit quædam repudiatio. R. Hæc ſimilia non ſunt. Repudians ideò non habet regreſſum, quia iam delata fuit ei hereditas. Delata enim repudiantur *l. 1. §. Decretalis, de ſucceſſor. edict.* Renuncians contra regreſſum habet, quia renunciatio fit de hereditate nondum delata, de futura adhuc hereditate.

ALIVD.

Quod ſtatuitur in vno correlatiuorum ſtatui quoque debet in altero. *l. fin. C. de indict. viduitat. tollend.* Sed pater certis rebus acceptis, rectè renunciat hereditati filij *l. 1. §. ſi parens, ſi à parente quis manumiſſus fuer.* Ergo de filia idem dicendum. R. Maior vera eſt ſi eadem ſit ratio in relatiuo & correlatiuo. Sed hic ratio eſt diuerſa, quod explicandum &c.

ALIVD.

Obſtat totus titulus de filijs natis ex matrim. ad morganaticam contract. Ibi dicitur valere pactionem vt filij certis rebus ſint contenti, nec vlterius ſuccedant. R. Illud de iure feudorum procedit, & à conſuetudinibus feudalibus ad alias res non feudales non rectè argumentamur &c.

ALIVD.

Fruſtra dubitatur de eo, vtrum pactum cum filia initum valeat, cum pactum nullum cum filia in poteſtate conſtituta fieri poſsit *l. lis nulla, de inducijs.* R. De hac pactione ideò dubitatur quia videtur fieri poſt mortem parentis, & in illud tempus reijci quo filia debebat ſuccedere.

ALIVD.

Renunciatio futuræ hereditatis valida eſt illo conſentiente de vnius hereditate agitur *l. fin. C. de pact.* Sed hic pater conſenſit filiæ renuncianti. Igitur valida eſt renunciatio. R. In d. l. final. non agitur de renunciatione ſed de diuiſione quam duo qui ſperant viuentis alicuius hereditatem faciunt illo adhuc viuo. Huiuſmodi pactio coruina eſt & vulturina. Seneca illos qui aliorum heredi-

Digitized by Google

tates tam anxiè & ſollicitè expetant, vultures appellat. Vultur inquit es, cadauer exſpectas. Valet tamen conuentio ſi ille conſentiat, de cuius hereditate agitur &c. Ex illa verò lege finali non rectè colligitur pacta de futura hereditate valere Nam illa lex vna eſt ex quinquaginta nouis deciſionibus quæ ſtrictè accipiendæ ſunt.

ALIVD.

Quæ lege fieri prohibentur, ſi fuerint facta, pro infectis habentur *l. non dubium in fin. C. de legib.* nec iuramento confirmatur vt ibi dicitur. Sed huiuſmodi conuentio vt filia ſit dote contenta eſt contra leges. Ergò iuramento non confirmatur. R. Concedo totum argumentum, de iure ciuili, non de iure Canonico.

ALIVD.

Acceſſorium ſequitur naturam principalis. Sed hic principalis conuentio non valet. Igitur nec iuramentum. R. Regula in iuramento non procedit: Etenim quamuis principale non ſubſiſtat, licet iuramentum acceſſorium id corroborat, eique firmitatem addit. *Myſing. obſeruat. 2. centur. 3.*

ALIVD.

Certi ſunt modi introducendæ obligationis. Inter illos non eſt iuramentum. Ergò &c. R. ad minorem. Vera eſt de iure ciuili, non Canonico.

ALIVD.

Iuramentum contra bonos mores præſtitum non eſt obligatorium. *c. obligatorium, de R. I. in 6.* Tale eſt iuramentum hoc, Ergò &c. R. Duplices ſunt boni mores. Alij ciuiles, alij naturales &c.

Digitized by Google

DISPVTATIO DE PACTIS QVARTA,

Quem defendet

CASPARVS RVDOLPHI Gottingenſis.

Propoſita eſt hæc diſputatio in Illuſtri Iulia 27. Februarij Anno Domini 1578.

I. Theſis.

A pacifcendo dolus abeſſe debet.

II.

Nec valet conuentio ne dolus præſtetur.

III.

Loquimur verò de dolo malo. Nam ita Prætor inquit, Pacta conuenta, quæ dolo malo facta non erunt ſeruabo.

IV.

Dolus malus eſt omnis calliditas, fallacia, machinatio ad circumueniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita.

ARGVMENTVM. I.

In ſecunda propoſitione dicitur; non valere conuentionem ne dolus præſtetur. Contra ita arguo. Paciſci poſſum, ne depoſiti agam. Et cum ita paciſcor, vi ipſa paciſcor, ne de dolo agam. Hoc autem pactum valet *l. ſi vnus. §. illud, de pactis.* Igitur conuentio ne dolus præſtetur valet. R. Non poſſum expreſſè ita paciſci, ne dolus præſtetur; ne de dolo ſi quem admiſeris, tenearis, ne de dolo conueniaris. Huiuſmodi conuentio non valet, vt in 2. propoſitione dicitur. At hæc conuentio, ne depoſiti, agam, valet, quia hic nō expreſſè paciſcor, ne de dolo tenearis, ſed tacitè tamen

tamen hoc etiam agitur, vt ſi quid dolo admiſeris te eo nomine non conueniam. Et expreſſa nocent, tacita non nocent *l. expreſſa, de R. I. l. nonnunquam contingit &c. de condit. & demonſtration. cum ſimilibus &c.*

ALIVD.

Contrahentes, poſſunt ſe in precio emptionis & venditionis circumuenire, & quidem naturaliter, *vt loquitur Iuriſconſultus in l. in cauſæ cognitione. §. penult. de minor.* Cum igitur circumuentio ferè dolus non noceat contractibus, multò minus circumuentio ſine dolus nocebit pactis. R. Solutio eſt petenda ex d. §. penult. Naturaliter inquit Iuriſconſultus contrahentes poſſunt ſe in precio emptionis & venditionis circumuenire. Hoc verbo naturaliter ſignificatur, naturam emptionis & venditionis eſſe, vt ſubſiſtat & valeat emptio & venditio, quamuis circumuentio aliqua in precio interuenerit, & res quæ valet decem florenos, fuerit vendita vndecim vel duodecim, abſq; dolo venditoris, hic fraus fit *ἐμπορικῶς vt Iuſtinianus ait in Nouella 97.* Si dolo venditoris, emptor pluris emerit, ſiquidem maior eſt, datur ipſi actio ex empto *l. ſi quis affirmauit, de dolo* ſi minor, etiam reſtitutio *l. 1. C. ſi aduerſus fiſcum.* Dolo non interueniente, non datur actio nec reſtitutio, quoniam naturaliter contrahentes poſſunt ſe in precio emptionis & locationis circumuenire *l. item ſi precio. §. vlt. cum l. ſeq. locati, l. ſi voluntate. C. de reſcindend. vendit.* Si tamen grande damnum minoris eſſe videatur, etiamſi id infra dimidium iuſti ſit precij, ei ſubuenietur *l. ſiquidem. C. de prædijs minor. l. quisquis. C. de reſcindend. vendit.* Maiori autem non ſubuenitur, niſi vltra dimidium iuſti precij fuerit circumuentus *l. 2. C. de reſcind. vendit.*

ALIVD.

Omnis dolus, malus eſt. Igitur ſuperfluè dicimus, nos de dolo malo tractare & agere. R. Nego antecedens, omnis enim dolus, malus non eſt. Sed dolus ex τῶν μέσων eſt, vt Iuriſconſultus de perſuaſionis vocabulo docet *l. 1. de ſeruo corrupto.* Dolus alius malus eſt, alius bonus, *l. 1. de dolo malo.* Dolus bonus accipitur pro ſolertia qua quis maximè aduerſus hoſtem latronemúe vtitur

Digitized by Google

tur. *d. l. 1. de dolo malo.* Vt dolus bonus poteſt dici quod Quintus Fabius Labeo cum à rege Antiocho quem bello ſuperauerat, ex fœdere iſto, dimidiam partem nauium accipere deberet, medias naues omnes ſecuit, vt ſic tota claſſe eum priuaret. *Valerius Maximus lib. 7. cap. 3.* Sic quoque dolus bonus poteſt dici quod Campani, cum fœdus cum hoſtibus pepegiſſent ea lege, vt eis dimidiam partem armorum traderent, diſſectis armis, dimidium eos recipere iuſſerunt. *Polian lib. 6. ſtratagematum.* Sic etiam dolus bonus dici poteſt, cum aliquis promittit Iudæis, ſe illorum religionem amplexurum, vt linguam ab eis diſcat qua percepta eos refellat. *Coſtalius in l. 1. de dolo malo.* De hoc dolo loquitur *Apoſtolus Paulus in 2. Epiſtol ad Corinth. c. 12. Ego vos non grauaui, ſed cum eſſem aſtutus, dolo vos decepi.* Sic venenum, ἐκ τῶν μέσων eſt, & modò in bonam modò in malam partem accipitur, & ideò Iuriſconſultus docet eum qui venenum dicit, adijcere debere, vtrum de bono an malo veneno loquatur *l. qui venenum 236 de verbor. ſignificat.* Idem quoque Iuriſconſultus docet *in l. 3. ad l. Corneliam de ſicarijs, ibi dicit, venenum medium eſſe verbum.*

ALIVD.

Aliud eſt fraus, aliud dolus. Igitur non ſolum doli ſed etiam fraudis hoc in loco fieri mentio debebat. R. Prætor de dolo tantum loquitur, quia ſub dolo continetur & fraus. Et fraus, quæ mala aduerſarij mente contingit, dolus eſt, & ideo prætor ſuperuacuum eſſe putauit, fraudis in ſpecie mentionem facere. Sic vis comprehenditur ſub metu, & quæ vi attrociora fiunt, metu fieri dicuntur, & ideò prætor inquit, quod metus cauſa geſtum erit, ratum non habebo. Non quod vi, metuſúe cauſa &c. *l. 1. quod metus cauſa.*

ALIVD.

In l. iuriſgentium. §. dolus malus, de pactis, Iuriſconſultus, dolum malum definit fallaciam quoties circumſcribendi cauſa aliud agitur aliud ſimulatur. Igitur eam definitionem debuiſſemus retinere, nec aliam ex alio titulo petere. R. Gallus Aquilius ita dolum definiuit cum aliud agitur & aliud ſimulatur. *Cicero in 3. offic. & in Topicis.* Hanc definitionem Seruius Sulpitius pro-

bauit *l. 1. §. dolum malum, de dolo malo. Et Pedius quoq; in h. t. n.* Labeo verò eam reprehendit propterea quod nimis generalis eſt, & ad omnem fallaciam quæ tamen dolus non eſt, cum & ſine dolo aliud agi, aliud ſimulari poſsit, pertinet. Ipſe ergò ſic definiuit. Dolus malus eſt omnis calliditas &c. Et hæc definitio vera eſt inquit *Vlpianus in d. l. 1. de dolo malo.*

V. Theſis.

Sub dolo etiam fraus comprehenditur, quæ malâ aduerſarij mente contingit: vt ſi creditor à debitore deceptus ſortem ei remiſerit, dolus eſt, & ideò ſuperuacuum Prætori viſum eſt fraudis mentionem in edicto facere. Ineſt enim dolo & fraus.

VI.

Si in re ipſa ſit fraus, eius ratio nulla habetur. Ideoque ſi creditor boná fide debitori ſortem remiſerit, quamuis ipſo rerum euentu fraudetur: tamen remiſsionem iterum deſtruere non poteſt.

ARGVMENTVM I.

In his duabus propoſitionibus diſtinguimus fraudem quæ fraudandi animo contingit, ſiue malá aduerſarij mente, ab illa quæ eſt in re ipſa. Et dicimus Prætorem rata non habere pacta, in quibus fraus interuenit, quæ malá aduerſarij mente contingit. Illa autem pacta, in quibus fraus eſt in re ipſa, tolerare. Contra ita arguo. In fideicommiſſarijs libertatibus, ſolus euentus fraudis inſpicitur. Vt ſi debitor, fidei heredis ſui commiſit, vt ſeruum manumitteret, ſeruo non præſtabitur libertas, ſi creditores euentu ſolo fraudentur, hoc eſt, ſi manumiſſo ſeruo, bona defuncti debitoris non ſint creditoribus ſuffectura *l. 4. §. ſi quis autem, de fideicommiſſ. libertatib. l. final. C. qui manumittere non poſſunt.* Igitur fraudis, quæ eſt in re ipſa ratio habetur. R. Nos hîc de creditore loquimur, qui boná fide debitori remittit quod debet. Hic pactum ſeruare tenetur, & remiſsionem deſtruere non poteſt, quam-

quamuis ipſo rerum euentu fraudetur. Sentit damnum, ſed ſua culpa, & quod quis ſua culpá damnum ſentit, ſentire non videtur. At leges in contrarium adductæ loquuntur de debitore, qui fidei heredis ſui committit, vt ſeruum manumittat. Hic non fraudatur ipſo euentu, ſed creditores ipſo euentu fraudantur, Ideoque rectè conſtitutum eſt, fideicommiſſarias libertates, quibus ipſo euentu creditores fraudantur, non eſſe præſtandas.

ALIVD.

In l. ſi quis cum aliter 36. de verborum obligation. Iuriſconſultus Vlpianus inquit, ſi nullus dolus interceſsit ſtipulantis, ſed ipſa res in ſe dolum habet, competet exceptio. Cum enim quis petit ex ipſa ſtipulatione, hoc ipſo dolo facit, quod petit. Igitur dolus ſiue fraus, quæ in re ipſa eſt, in conſideratione eſt, & eius ratio habetur, non minus quàm doli ſiue fraudis quæ malá aduerſarij mente contingit. R. Nos hic loquimur de creditore, qui boná fide, debitori ſuo ſortem remittit Hic quamuis in re ipſa ſit fraus, & remiſsio creditori noceat, tamen remiſsio illa non retractatur, nec propterea deſtruitur. At in d l. ſi quis cum aliter, de verbor. obligat. agitur de eo, qui cum nihil deberet, ſine cauſa, minimè circumſcriptus calliditate ſtipulatoris, promittit, quod e[?] maximè fraudi ſit futurum. Huic datur exceptio doli, ſi ſtipulator ex ea ſtipulatione agat, licet enim dolo non extorſerit promiſsionem, dolo tamen facit, ſi ex ea agat. Et hic exceptio datur, non ſuperiori caſu, quia hic obligatio inducitur, ibi liberatio, & proniores eſſe debemus ad liberandum quàm ad obligandum, ſi habeamus occaſionem, *vt traditum eſt in l. Arrianus, de O. & A.* Et cum hic de dolo, qui dat cauſam contractui, ſiue ineſt contractui indicat mentio, ſciendum eſt, quod dolus dans cauſam contractui bona fidei, vitiat contractum ipſo iure, *l. & eleganter, de dolo*, ad quam legem Græci eleganter tradiderunt hanc regulam: *δόλοι ἢ φόβοι ἐνπεθεὶς τῇ ἀρχῇ τῶν καλῇ πίςἐ συναλλαγμάτων ἀσύστατα καὶ ἀνίσχυρα ταῦτα ποιεῖ.* Dolus dans cauſam contractui ſtricti iuris, ipſo iure contractum non vitiat, ſed neceſſaria eſt doli exceptio *l. penult. C. de inutilib.*

t. lib. ſtipulation. Sic doli exceptio in contractibus ſtrictis obſtat, cum in re ipſa eſt fraus maxima. Si in contractibus bonæfidei, euidens & intollerabilis fraus in re ipſa fuerit, ipſo iure nihil agitur, quia exceptio doli, iudicio bonæfidei ineſt *l. huiuſmodi. §. qui ſeruum de legat. 1.*

VII. Theſis.

Si Titius Mæuius & Seia communem hereditatem inter ſe diuiſerunt Inſtrumentis interpoſitis, quibus diuiſiſſe maternam hereditatem dixerunt, nihilque ſibi commune remanſiſſe cauerunt, & poſtea Mæuius & Seia, qui abſentes erant, tempore mortis matris ſuæ cognouerunt, pecuniam auream à fratre ſuo eſſe ſubtractam, cuius nulla mentio in Inſtrumento diuiſionis continebatur, poſt pactum diuiſionis, de ſurrepta pecunia aduerſus fratrem Titium actio eis competit. Et ſi agentibus ob portionem eius quod ſurreptum à Titio dicitur, generalis pacti conuenti exceptio obijciatur, de dolo vtiliter replicabunt.

ARGVMENTVM I.

In ſeptima propoſitione dicitur, non extendi pactionem, ſiue tranſactionem generalem ad ea quæ ab vno ex tranſigentibus dolo malo ſiue fraude ſuppreſſa ſunt, atque ita generalis tranſactio reſcinditur propter res ſuppreſſas. Obſtat l. ſub prætextu 19. C. de tranſaction. Ibi Imperator reſcripſit, ſub prætextu ſpecierum poſt repertarum, generali tranſactione finita, reſcindi non debere. Ecce ibi eſt tranſactio generalis, quæ non reſcinditur propter ſpecies poſtea repertas. R. Aliud eſt ſupprimi res ab vno ex tranſigentibus, longè aliud, latere ſine tranſigentium fraude. Sub obtentu rerum, quæ ſupprimebantur ab vno ex tranſigentibus, generalis tranſactio reſcinditur. Sub obtētu rerum quæ latebant, & poſtea reperta ſunt non reſcinditur. Fraus ſemper videtur excepta, ea quæ non apparent, non videntur excepta. Diuerſum eſt, ſi erratum ſit in proprietate rei, vt ſi rem quæ erat apud Titium

tium

Digitized by Google

tium, Titij eſſe credidi, non hereditariam. Nec enim generali tranſactione ea res comprehenditur, cuius me non latuit, & quam eſſe hereditariam non putaui, & hoc eſt, quod ſubijcitur in d. l. ſub prætextu C. de tranſaction.

A L I V D.

Obſtat l. qui Romæ. §. vltim. de verbor. obligation. Species talis eſt. Duo fratres hereditatem paternam inter ſe diuiſerunt & cauerunt inuicem, nihil ſe contra eam diuiſionem facturos & ſi quis contra feciſſet, pœnam alter alteri promiſit. Fuerunt autem hi fratres teſtamento paterno inuicem rogati, vt qui prior ſine liberis vita fungeretur, partem ſuam ſuperſtiti reſtitueret. Vno ſine liberis mortuo, alijs heredibus ſcriptis, frater ſuperſtes ab eis hereditatem petijt ex cauſa fideicommiſsi ſibi à patre relicti. Heredes defuncti fratris obiecerunt exceptionem pacti ſiue tranſactionis, eamque etiam ad fideicommiſſum ſpectare contenderunt. Et Scæuola Iuriſconſultus refert, pronunciatum fuiſſe, tranſactionem quoque ad fideicommiſſum extendi. Ex eo ergò, quod tranſactio diuiſionis bonorum ad fideicommiſſum extenditur, videtur dicendum, tranſactionem quoque ad ſuppreſſam pecuniam extendi debere. R. In d. l. qui Romæ. §. final. de verbor obligation. iudex ideò pronunciauit, tranſactionem ad fideicommiſſum pertinere, quod ei aliunde conſtaret de fideicommiſſo etiam fratres, diuiſione facta, inter ſe tranſegiſſe. De ſuppreſſa verò pecunia cogitatum non fuit. *Iacobus Cuiacius in l. tres fratres, de pactis.*

A L I V D.

Obſtat l. Lucius. §. vltim. ad Trebellian. Ibi Titius heres, qui rogatus erat poſt mortem ſuam, vniuerſam hereditatem reſtituere, minimam quantitatem reſtituit, eamque ſolam in bonis fuiſſe dixit his quibus fideicommiſſum debebatur. Poſtea reperta ſunt inſtrumenta, ex ijs apparuit, quadruplo amplius fuiſſe in hereditate. Quæſitum eſt, an propter reperta inſtrumenta, heres in reliquum fideicommiſsi nomine conueniri poſsit? Reſpondi, inquit Iuriſconſultus, poſſe, ſi non ſit tranſactum. Igitur tranſactio non reſcinditur repertis inſtrumentis, ex quibus conſtat, ampliorem fuiſſe hereditatem, quàm exiſtimarent tranſi-

gentes. R. Ibi tranſactio non reſcinditur, quia nihil dolo fuit ſuppreſſum, quemadmodum in l. ſub prætextu, dictum eſt. Et notandum eſt diligenter, quod dicit Iuriſconſultus non reſcindi tranſactionem, etiamſi quadruplo amplius fuerit in hereditate. Igitur l. 2. C. de reſcindend. vendit. non habet locum in tranſactione &c. *quod diſertè hanc legem adducendo affirmat Baldus in l. 3. §. cum tranſactio, de tranſaction.*

VIII. Theſis.

Effectus pactorum primùm hic eſt, quod pacta exceptionem pariunt, non actionem, niſi legitima fuerint.

IX.

In eoque pacta à reliquis conuentionibus diſtant. Reliquæ ſiquidem conuentiones actionem producunt, non tantum illæ, quæ in proprium nomen contractus tranſeunt, verum etiam hæ, quæ in alium contractum non tranſeunt, habent tamen cauſam, vt ſunt do vt des, do vt facias, facio vt des, & facio vt facias.

X.

Ex do vt des, do vt facias, & facio vt facias eſt actio præſcriptis verbis, ex facio vt des, de dolo.

Quæritur cur ex facio vt des, non ſit actio præſcriptis verbis, ſed de dolo? R. Omnis actio præſcriptis verbis, datur ex negocio, quod affinitatem & ſimilitudinem aliquam cum negocio ciuili habet. Vt ex do vt des datur actio præſcriptis verbis, quia do vt des, habet ſimilitudinem cum emptione & venditione. Sic ex do vt facias, eſt actio præſcriptis verbis, quia hic contractus habet ſimilitudinem cum locatione & conductione. Similiter ex facio vt facias, datur actio præſcriptis verbis quia contractus hic habet ſimilitudinem cum mandato. At hoc negotium facio vt des, nullam habet ſimilitudinem cum negocio ciuili, ideoque ex eo non datur actio præſcriptis verbis, ſed

actio proxima de dolo. At dices, facio vt des ſimile eſt locationi. Nam locatio plerumque ita fit, vt quis ſuſcipiat aliquid faciendum, vt ex eo mercedem ferat? Sed reſpondeo, Facio vt des non eſt ſimile locationi, quia locatio ſemper incipit à verbo do, vt do tibi decem, vt tabulam mihi pingas. Do tibi decem, vt me inſtituas. Et [illegible] is tu me in faciendo anteuertas, tamen illud in conſid[illegible] In conuentionibus enim ſpectamus, non quis p[illegible] uerit, ſed quis conuentioni initium dederit, & quo verbo, Interpretes dicunt conuentiones æſtimari ex initio, non ex implement[illegible]. Et ideò hanc conuentionem dabo vt facias non peruertis, eiuſque formam non immutas, licet me anteuertas in faciendo: Initium ſpectatur non executio. Et hac de cauſa, hic articulus, do vt facias, ſeparatur à facio vt des, & hic articulus cum illo non conuertitur. Hæc ipſa ratio ineundarum conuentionum facit, vt in locatione & conductione idem homo, aliàs ſit locator, aliàs conductor. Vt ſi primus ineat contractum, & det habitationem vtendam, primus locator eſt, ſecundus conductor. Si ſecundus ineat contractum, ſecundus locator eſt primus conductor. Sic ſi magiſter ſe diſcipulo det vtendum id eſt, ſuam operam deferat, & de mercede paciſcatur, Magiſter init contractum, eſt locator, diſcipulus conductor. Si diſcipulus ineat contractum id eſt, ſi det ſe in diſciplinam Magiſtri, eumque magiſter ſuſcipiat certa mercede, magiſter eſt conductor, diſcipulus locator. Non idem homo ſemper dat initium locationi, ſed qui initium dat locationi, ſemper locator dicitur, & incipit locatio perpetuò à verbo Do. Si magiſter ineat locationem dicit, do me vtendum: Si diſcipulus, dicit do me docendum: ob hanc cauſam hoc negocium, do vt facias ſimile eſt vt dixi, locationi. At facio vt des, non eſt ſimile, vt tabulam pingo, vt des togam, manumitto vt des decem, hoc negocium non comparatur locationi, quia hæc forma nunquam fit locatio. Deniq; nullum eſt negocium ciuile, cui hæc forma, facio vt des comparetur. Igitur ex hoc negocio facio vt des non eſt actio præſcriptis verbis, ſed de dolo. Et hic eſt ordo actionum. Primum datur actio Ciuilis ex contractibus deſcendens, quorum appellationes iure ciuili proditæ ſunt, & ſi ſit hæc

actio, cæteræ non dantur. Deinde datur actio in factum ciuilis, quæ vel eſt præſcriptis verbis vel non. Tertiò datur actio in factum prætoria, ex edictis, vt eſt actio Pauliana, albi corrupti. Quartò datur actio de dolo, & hæc eſt ſubſidio ſuperioribus actionibus, hoc eſt, tunc datur cum ſuperiores deficiunt. Vltimò datur actio in factum prætoria ex decreto, quæ eſt ſubſidiaria ſubſidiariæ.

ALIVD.

Obijcitur l. ſolent, de præſcript. verbis. Ibi de indicijs agitur. Indicia ſunt præmia quæ dantur indicanti furtum vel plagium. Et turpe non eſt accipere indicia, *l. 4. §. vlt. de condit. ob turpem cauſam.* Finge, conuenit inter me & te, vt ego indicarem furem, & tu præmium mihi dares pro indicio. Res ita geſta eſt. Indicabo, vt des, faciam vt des. Ego indicaui, tu non das præmium. Quæritur, qua actione agam? Lex ait poſſe agi præſcriptis verbis. Igitur ex facio vt des eſt actio præſcriptis verbis. R. Solutio eſt petenda ex d. l. ſolent. Ciuilis inquit actio oriri poteſt id eſt, præſcriptis verbis, niſi ſi quis & in hac ſpecie de dolo actionem competere dicat, vbi dolus arguitur. Ciuilis inquit oriri poteſt id eſt, poteſt tentari poteſt dici dari actionem præſcriptis verbis. Sed poſtea id Iuriſconſultus corrigit & dicit niſi &c. & ſubintelligendum eſt quod verius eſt. Et quod Iuriſconſultus velit competere actionem de dolo non præſcriptis verbis, hac ratione conuincitur, cum eſt actio præſcriptis verbis vel eſſe poteſt, tunc quamuis dolus arguatur, non competit actio de dolo, ſed ea tunc demum competit, cum alia actione deſtituimur. Nam ita Prætor inquit. Quæ dolo malo &c. *l. 1. de dol. malo.* Et Iuriſconſultus *in d. l. 1.* edictum explicans, docet tunc competere hanc actionem, cum non eſt alia actio ciuilis. Sed Iuriſconſultus dicit, competere actionem de dolo. Igitur non eſt actio ciuilis.

ALIVD.

Obſtat l. cum mota. C. de tranſaction. Filia exheredata egit querela aduerſus heredem ſcriptum, deinde tranſegit ita vt bonorum partem acciperet, & à lite diſcederet. Diſceſsit à lite. Heres non dat bonorum partem. Quæritur qua actione teneatur?

tur? Imperator reſcripſit, eum teneri actione præſcriptis verbis. Atqui ibi negotium ita fuit geſtum, à lite diſcedam id eſt, faciam & tu dabis partem bonorum. R. Nego ibi ita fuiſſe negocium contractum. Imo ibi ita tranſactum fuit, vt filia partem bonorum acciperet, & à lite diſcederet. Res ergo ſic fuit geſta. Dabo partem bonorum vt à lite diſcedas. Ipſa quidem prior diſceſsit à lite, ſed hoc non mutat formam conuentionis, quamuis ipſa præuerterit, Conuentio ex initio æſtimatur, non ex implemento.

A L I V D.

Obſtat l. 3. §. Quinimò, de condiction. cauſa data, cauſa non ſecuta. Sed breuiter ibi negocium ita fuit geſtum, dabo vt manumittas id eſt, facias. Ex hoc contractu naſcitur condictio id eſt, præſcriptis verbis.

A L I V D.

Dicimus ex do vt facias, dari actionem præſcriptis verbis. Obſtat l. naturalis, § ſed ſi dedi tibi ſeruum, de præſcriptis verb. dedi tibi ſeruum, vt tuum manumitteres. Manumiſiſti. Poſtquam ſeruus quem tibi dedi, eſt euictus. Quæritur quam habeas aduerſum me actionem nomine ſerui euicti? Iulianus ita diſtinguit. Aut ſciens alienum ſeruum dedi, & tunc habes actionem de dolo. Aut ignorans, & habes actionem in factum ciuilem. At ibi negocium ita geſtum fuit, do vt manumittas id eſt, facias. Igitur etiam ex do vt facias non eſt actio præſcriptis verbis. R. Iulianus in propoſita ſpecie dedit actiones extremas, actionem de dolo, & actionem in factum prætoriam, quæ ſubſidio eſt actioni de dolo, atque ita putauit in dicta ſpecie deficere actionem præſcriptis verbis. Verum in eo Iulianus fuit reprehenſus à Mauritiano qui notas ſcripſit ad Iulianum, & Mauritianus in propoſita ſpecie, ſiue ſciens dedi alienum ſeruum, ſiue ignorans, dat actionem in factum ciuilem id eſt, præſcriptis verbis. Nam negotium ita geſtum fuit, do vt facias, ex quo negocio præſcriptis verbis oritur actio. Et cum ſit præſcriptis verbis actio, actiones ſequentes de dolo & in factum prætoria, dandæ non ſunt. Et hæc Mauritiani ſententia extat in l. iuriſgentium h. t. Ex illo §. apparet, Tribonianum in l. naturalis. §.

ſed ſi dedi tibi ſeruum, adieciſſe verbum ciuilem. Nam Iulianus dedit actionem de dolo, & dolo deficiente, in factum prætoriam vt Mauritianus diſertè affirmat in d. l. iuriſgentium h. t.

Notandum.

Actio præſcriptis verbis, aliâs dicitur actio in factum, vt ſub titulo de præſcriptis verbis ſæpiſsimè, quia ὁμηγματικῶς id eſt, narratiuè proponitur, & rei geſtæ narrationem continet. Nonnunquam propria actio *l. petenti, de pignor. action.* Interdum actio incerti. Quandoque actio ciuilis, quia comparata eſt ad ſimilitudinem ciuilis actionis.

XI. Theſis.

Deinde pacta formant ipſam actionem in contractibus bonæ fidei, ſi ex continenti ſubſecuta ſunt. Ideoque venditor actione empti ad ſatiſdandum euictionis nomine, ſi in continenti ita conuenerit, compelli poteſt, quamuis aliâs ad nudam cautionem tantum teneatur. Maritus quoque poſt diuortium ſtatim dotem reddere compellitur, ſi in datione dotis id nominatim actum fuerit, licet aliâs dos annuâ bimâ trimâ die reddatur.

XII.

Si ex interuallo pacta contractibus adijciantur, non inſunt, ne ex pacto actio naſcatur, vt puta, poſt emptionem ex interuallo conuenit, vt ob euictionem ſatiſdares, agi ob hanc cauſam ex empto non poteſt, propter regulam. Ne ex pacto actio naſcatur. Similiter ſi poſt diuortium conuenit, ne tempore ſtatuto dos reddatur, ſed ſtatim hoc non valebit, ne ex pacto actio detur; quod & in omnibus bonæ fidei iudicijs erit dicendum.

XIII.

Ex parte tamen rei locum habebit pactum, quia ſolent & ea pacta quæ poſtea interponuntur, parere exceptionem.

ARGV-

Digitized by Google

ARGVMENTVM I.

Dicimus pacta ineſſe contractibus bonæfidei. Imò etiam inſunt contractibus ſtrictis *quod probat l. lecta, de rebus credit. Ibi Paulus Pacta in continenti adiecta ineſſe ſtipulationi.* R. In continenti adiecta inſunt ſtipulationi ex parte rei tantum, non etiam ex parte actoris quod ſpecies legis perſpicuè oſtendit. Scripſi me accepiſſe à Publio Mæuio 15. mutua numerata miſi de domo. Per 15. mutua nonnulli intelligunt ſeſtertia. Et vnum ſeſtertium valet mille ſeſtertios ſiue nummos & ideò quindecim ſeſtertia faciunt quindecim milia ſeſtertiorum ſiue nummorum. Et ſi res ad denarios redigatur, prouenient ter mille ſeptingenta, & quinquaginta denarij. Sed hic ſeſtertia non poſſumus intelligere, quod veteres ſeſtertia ſignificarent, numerum aduerbialiter proferebant, hoc modo, decies, quindecies, centies, millies, *quemadmodum apud Budaeum in 1. de aſſe videre licet.* Per 15, igitur mutua Iuriſconſultus conciſa oratione quindecim millia denariorum intelligit *l. ſi ita ſtipulatus fuero. §. Chryſogenus, de verborum obligationibus, atque ita Graeci interpretantur.* His verbis, numerata miſi de domo, ſignificat Iuriſconſultus pecuniam non fuiſſe mutuo ſumptam ab argentarijs. Ac erat olim duplex ratio credendæ pecuniæ. Interdum mutua pecunia ſumebatur ex ſcriptura menſæ. Interdum de domo. Ex menſæ ſcriptura dicebatur ſumi pecunia quando ſumebatur ab argentarijs qui tabernas & menſas cum ære in foro poſitas habebant. Et hoc caſu nominibus contrahebatur obligatio. Dicebatur contrahi nominibus ab eo quod Calendarijs id eſt, libris fœneratorum eorum quibus pecuniæ credebantur nomina perſcribebantur, *quæ inde Tituli dicebantur authore Aſconio pediano in 3. Verrina.* Quando verò ſumebatur pecunia mutua, non ab argentario, ſed aliunde, tunc dicebatur ſumi de domo *l. lecta,* ſiue ex arca *l. quidam, de conſtit. pecun.* & contrahebatur obligatio vel re tantum, vel etiam verbis tantum ſi ſubdita erat ſtipulatio. Ac quidem nominatim ſolebat cautionibus adijci, vtrum pecunia mutua ex menſa argentarij, an verò ex domo ſiue arca ſumpta eſſet, *quemadmodum conſtat ex d. l. lecta & d. l. quidem ac teſtatur Do-*

natus in Phormione 5. act. ſcen. 9. Hodiè inquit additur chirographis, domo ex arca ſua, vel ex menſæ ſcriptura. Scripſi igitur me accepiſſe à Publio Mæuio 15. mutua numerata miſi de domo, & promiſi me 15. illa redditurum Calendis proximis proba rectè. Hæc verba, proba rectè, explicationis gratia adiecta ſunt. Proba denaria opponuntur adulterinis. Rectè ſignificat ne quod periculum vel damnum ex ea re ſit creditori. Id vt dixi explicationis tantum gratia adiectum eſt. Nam etiam aliás reprobos nummos dare, & cum creditoris incommodo ſoluere non licet. Si non redderem ad diem dictum pecuniam promiſi in dies 30. inque centenos denarios, ſingulos denarios. His verbis centeſima vſura definitur, & ſimul eleganter oſtenditur, vnde centeſima dicta ſit. Porrò vbi hæc omnia inter me & Publium Mæuium acta fuerunt, in continenti inter me & P Mæuium conuenit, vt ex ſumma ſupraſcripta ſoluerem ſingulis menſibus trecenos denarios, atque ita mutaui diem modumque ſolutionis. Cum enim ſtipulanti promiſiſſem, me totam ſortem Calendis futuris ſoluturum, mox conuenit, vt ſortem ſoluerem diuiſis penſionibus. De vſuris nihil fuit dictum. Pone nunc, ego calendis proximis trecenos denarios non ſolui. Quæritur vtrum currant vſuræ totius ſortis, an ex ſingulis menſibus vſuræ penſionum tantum. P. Mæuius mora facta totius ſortis vſuras petit ex ſtipulatione. Ego dico me duntaxat debere trecentorum denariorum, quia trecentos denarios calendis proximis debui ſoluere. Q. quid Iuris ſit. Paulus reſpondit, me totius ſortis vſuras non debere, ſed trecentorum denariorum tantum quos Calendis debuiſſes ſoluere. Pactum enim inquit in continenti factum ineſt, ſtipulationi, hoc eſt, mutauit formam ſtipulationis vtriuſque, & ſortis ſolutionem diſtulit & diuiſit, diſtulit quoque & diuiſit vſurarum ſolutionem. Et ideò ego P. Mæuium totius ſortis vſuras à me petentem exceptione conuentionis repellere poſſum, atque ita vt initio dixi lex lecta tantum probat quod pactum ineſt ex parte rei. Sic pactum ineſt ſtipulationi ex parte rei tantum *in l. 4. §. fin. de pact.* in quo huic conuentioni, vt donec vſuræ ſoluerentur, ſors non peteretur, pura ſtipulatio ſubdita fuit, & reſponſum fuit, conditionem id eſt, tacitam pactionem ſtipulationi ineſſe perinde ac ſi hoc expreſſum fuiſſet,

fuiſſet, & ideò ſi creditor ſortem petat, poterit exceptione conuentionis repelli.

ALIVD.

Obſtat l. petens, de vſuris. Sed dicendum l. illam loqui de pacto, ſtipulatione confirmato, non de ſtipulatoris lege, ſiue de pacto quod legem contractui ſtipulationis dedit.

ALIVD.

In 11. propoſitione dicitur pactum ita informare actionem, vt actio ex contractu deſcendens, detur etiam ad id, quod pacto conuenit. Contra ita arguo. Ex pacto in continenti adiecto, datur actio propria, præſcriptis verbis ſcilicet: Igitur malè nos dicimus, actionem ex contractu deſcendentem, dari in id quod pacto placuit l. *2. C. de pactis inter emptorem & venditorem.* Ibi fundus fuit venditus ea lege, vt ſi precium intra diem certum refunderetur, fundus reſtitueretur. Refuſum eſt, precium, & fundus non eſt reſtitutus. Lex dicit competere actionem præſcriptis verbis, vel ex vendito. R. Olim controuerſum fuit inter Proculianos & Sabinianos, vtrum ex pacto, bonæfidei contractui ex continenti adiecto, dari debeat actio præſcriptis verbis, an verò id quod pacto comprehenſum eſt peti deberet actione ex ipſo contractu deſcendente. Et quidem Proculus actionem præſcriptis verbis debet. *l. ſi vir uxori, de præſcript. verb.* Sabinus contra dicebat competere actionem ex ipſo contractu deſcendentem cui pactum in continenti erat adiectum *l. ſi conuenit, de reſcindend. vendit. Sic hoc diſſidium inter Proculum & Sabinum indicatur, in l. Labeo 50. de contrah. emption.* Poſtea Imperatores hoc diſsidium compoſuerunt, data non actione præſcriptis verbis ſed illa quæ ex contractu deſcendit cui pactum ex continenti adiectum eſt *l. ſi fundus, & lege commiſſoria l. Imperator Seuerus, de in diem addict. l. 2. C. pact. inter emptor: & venditor: Ibi dictio vel, corrigit, vt & alibi ſæpè.*

XIV. Theſis.

Pacta quoque ex interuallo facta, tollunt, mutant, reformant, & quaſi renouant contractum bonæfidei, ſi omnibus integris fiant de his quæ ex ſubſtantia contractus

ſunt: Vt ſi domo vendita omnibus integris precio nondum numerato, nec domo tradita conuenerit, vt domus inempta eſſet, tollitur contractus, & mutuo conſenſu abitur & receditur ab emptione. Sic ſi omnibus integris conuenit, vt domus quingentis empta, eſſet empta mille florenis, contractus reformatur, & quaſi renouatur. Sicuti enim tollitur contractus pacto, ita & reformari poteſt.

XV.

Nec ſolum in totum ab emptione ſimilibuſq; bonæ-fidei contractibus abiri poteſt, ſed etiam pars contractus, pactione mutari poteſt. Vt pars rei emptæ, pactione omnibus integris, inempta fieri poteſt. Sic contractus pro parte reformatur & renouatur, ſi conueniat, vt augeatur vel minuatur precium, non totius rei emptæ, ſed partis duntaxat, quod Iuriſconſultus repetere emptionem eleganter dixit.

XVI.

Hoc amplius, prius pactum per poſterius eliditur, & ideò ſi poſtquam Titius pactus eſt, ne peteret, conuenit vt peteret, & ego exceptione conuentionis Titium repellam, exceptionem meam Titius replicatione elidet.

XVII.

Idem dicimus, ſi fideiuſſor cum creditore paciſcatur, ne à ſe petatur. Nam ſi poſtea pactus fuerit, vt petere liceret, fideiuſſori prius pactum non prodeſt.

XVIII.

Ita demum tamen prius pactum poſteriori tollitur, cum per prius pactum, actio ipſo iure ſublata non eſt.

Si

Si pactum conuentum tale fuit, quod actionem quoque tolleret, velut iniuriarum, non poterit poſtea paciſcendo, vt agere poſsit, agere, quia & prima actio ſublata eſt, & poſterius pactum ad actionem parandam inefficax eſt. Non enim ex pacto iniuriarum actio naſcitur, ſed ex contumelia.

XIX.

Idem dicimus & in bonæfidei contractibus, ſi pactum conuentum totam obligationem ſuſtulit, veluti empti. Non enim ex nouo pacto prior obligatio reſuſcitatur, ſed proficit pactum ad nouum contractum.

XX.

Quod ſi non vt totum contractum tolleret, pactum conuentum interceſſit, ſed vt imminueret, poſterius pactum poteſt renouare primum contractum. Vt ſi omnibus integris conuenit, vt domus empta mille florenis, eſſet empta quingentis, poſteaque rurſus placuit, vt mille eſſet empta, poſterius pactum prius renouat.

XXI.

Quod & in ſpecie dotis actionis procedit, puta pactam mulierem, vt præſenti die dos redderetur, deinde paciſci, vt tempore ei legibus dato dos reddatur, incipiet dos redire ad ius ſuum. Nec dicendum eſt, deteriorem conditionem dotis fieri per pactum. Quoties enim ad ius, quod lex naturæ eius tribuit, de dote actio redit, non fit cauſa dotis deterior, ſed formæ ſuæ redditur.

Digitized by Google

XXII.

Deniq́ue nuda pacta ex recepta Interpp. ſententia iure Pontificio actionem producunt.

Quæ huc pertinent obiectiones eas inuenire licet in tractatu meo de pactis.

DISPVTATIO DE TRANSACTIONIBVS PRIMA,

Ad cuius propoſitiones reſpondebit

IOHANNES BECKMAN Hamburgenſis.

I. Theſis.

TRanſactio fit vel pacto conuento, vel acceptilatione.

II.

Per acceptilationem, ſimplicem, & illam, quæ fit inuento modo nouandi per Aquilianam ſtipulationem intelligimus.

III.

Simplex acceptilatio, verborum obligationem ex ſtipulatione, dictione dotis, & iureiurando liberti, iurantis ſe operam, donum, munus patrono daturum, deſcendentem tollit.

IIII.

Alias obligationes non tollit, ſed illæ prius nouandæ ſunt per Aquilianam ſtipulationem.

V.

Aquiliana ſtipulatio omnimodò omnes præcedentes obli-

Digitized by Google

obligationes nouat & perimit, ipſaque perimitur per acceptilationem, & hoc iure vtimur. Ideoque etiam legata ſub conditione relicta in ſtipulationem Aquilianam deducuntur.

VI.

Omnis autem tranſactio ſiue pacto fiat, ſiue acceptilatione, fit ſuper re dubia, lite incertâ, & nondum finita, in eoque à pacto donationis diſtat. Nam qui paciſcitur donationis cauſa, rem certam & indubitatam liberalitate remittit.

VII.

Hinc non valet tranſactio, ſi fideiuſſor ſuper re iudicata tranſigat, quia res iudicata, litigioſa eſſe deſijt.

VIII.

Et quod à fideiuſſore tranſactionis nomine datum eſt, etſi non proficit ad tranſactionem, rem tamen iudicatam releuat & extenuat.

IX.

Si fideiuſſore conuento & condemnato, mox reus tranſegit cum eo cui erat fideiuſſor condemnatus, valet tranſactio quaſi omni cauſa & aduerſus reum & aduerſus fideiuſſorem diſſoluta.

X.

Sed & poſt rem iudicatam tranſactio valet, ſi vel appellatio interceſſerit, vel appellari potuerit.

XI.

Imò etiamſi poſt rem iudicatam prouocatio non eſt interpoſita: tamen ſi negetur iudicatum eſſe, vel ignorari poteſt, an iudicatum ſit, quia adhuc lis ſubeſſe poſſit, tranſactio fieri poteſt.

XII.

De alimentis præteritis rectè tranſigitur, de futuris ſine Prætore vel Præſide non item.

Digitized by Google

XIII.

Idque de vniuerſis alimentis & de parte eorum intelli-gendum eſt.

XIV.

Cum enim ſi quibus alimenta relicta erant facilè tranſigerent contenti modico præſenti, D. Marcus oratione in Senatu recitata effecit, ne aliter alimentorum tranſactio rata eſſet, quàm ſi auctore Prætore eſſet facta.

XV.

Sic Prætoris notio ob tranſactionem eſt ſiue habitatio, ſiue veſtiarium, ſiue de prædijs alimentum fuerit relictum. De calceario quoque arbitrio Prætoris tranſigendum eſt.

XVI.

Nec refert ſiue in menſes ſingulos, ſiue in dies, ſiue in annos, ſiue perpetuò alimenta fuerint relicta:

XVII.

Relicta verò dicimus, quæ teſtamento vel Codicillis per legatum fideicommiſſum, vel donationem cauſa mortis, vel ab eo, cui mortis cauſa donata ſunt, relicta ſunt.

XVIII.

Planè de alimentis, quæ non mortis cauſa donata ſunt, licebit & ſine Prætore tranſigere.

XIX.

Apud Prætorem verò de iſtis quæritur, inprimis de cauſa tranſactionis, deinde de modo, tertiò de perſona tranſigentium. In cauſa hoc erit requirendum, quæ ſit cauſa tranſigendi ſine cauſa enim neminem tranſigentem audiet Prætor. Cauſæ verè huiuſmodi ſolent allegari, ſi alibi domicilium heres, alibi alimentarius habeat, aut ſi deſtinet

deſtinet domicilium transferre alter eorum, aut ſi cauſa aliqua vrgeat præſentis pecuniæ, aut ſi à pluribus ei alimenta relicta ſint, & minutatim ſingulos conuenire difficile ei ſit, aut ſi qua alia cauſa fuit, vt plures ſolent incidere, quæ Prætori ſuadeant tranſactionem admittere.

XX.

Modus quoque pecuniæ, quæ in tranſactionem venit, æſtimandus eſt, vt puta quantitas tranſactionis: nam etiam ex modo fides tranſactionis æſtimabitur. Modus autem pro ætate eius, qui tranſigit, arbitrandus eſt & valetudine: nam aliâs cum puero, aliâs cum iuuene, âliâs cum ſene tranſigi palàm eſt. Conſtat enim alimenta cum vita finiri.

XXI.

Sed & perſonarum contemplatio habenda eſt, hoc eſt cuius vitæ ſint hi, quibus alimenta relicta ſunt, vtrum frugi vitæ, qui aliâs ſufficere ſibi poſſint, an ſequioris, qui de alimentis pendeant.

XXII.

In perſona eius, à quo alimenta relicta ſunt, hæc erunt ſpectanda, in quibus ſit facultatibus, cuius propoſiti, cuius opinionis.

XXIII.

Si Prætor aditus, citra cauſæ cognitionem tranſigi permiſerit, tranſactio nullius erit momenti: Prætori enim ea res quærenda commiſſa eſt, non negligenda nec donanda.

XXIV.

Sed etſi non de omnibus inquiſierit, quæ oratio mandat, hoc eſt de cauſa, de modo, de perſonis tranſigentium dicendum eſt, quamuis de quibuſdam quæſierit, tranſactionem eſſe irritam.

Digitized by Google

XXV.

Sed nec mandare ex hac cauſa iuriſdictionem vel Præſes prouinciæ, vel Prætor poterit.

XXVI.

Si quis de alimentis tranſegerit ſine Prætoris auctoritate, id quod datum eſt, ni præterita alimenta cedet, nec intereſt, tantum in quantitate ſit debita, quantum datum eſt, an minus an plus. Nam etſi minus ſit, adhuc tamen id quod in ſolutum datum eſt, in præterita alimenta imputabitur, & quod amplius ex cauſa alimentorum deberi poteſt, id præſtabitur. Si plus ſit, ſuperfluum condicetur.

XXVII.

Si modò is, qui de alimentis tranſegit, locupletior factus ſit eá ſolutione. Tunc in id quod factus eſt locupletior, æquiſſimum erit in eum dari repetitionem: nec enim debet ex alieno damno eſſe locuples.

XXVIII.

Nonnunquam tamen ſolutum ex tranſactionis cauſâ, in aliam rem, quâm in alimentum computatur. Si enim eidem alimenta & præterea legatum præſenti die datum ſit, & tranſactum fuerit citra Prætoris auctoritatem, id quod datum eſt imputabitur prius in legatum quod præſenti die datum eſt, ſuperfluum in alimentariam cauſam.

XXIX.

Qui de alimentis tranſigit, non videtur neque de habitatione, neque de veſtiario tranſegiſſe, cum D. Marcus ſpecialiter etiam de iſtis tranſigi voluerit. Sed etſi quis de alimentis tranſegerit non habebit neceſſe etiam de habitatione vel cæteris inuitus tranſigere: poterit igitur vel de omnibus ſimul vel de quibuſdam facere trāſactionem.

Deniq;

Digitized by Google

XXX.

Deniq́ue tranſactio ſine Prætore facta valet, ſi transactione melior fiat conditio alimentarij. Et ideò ſi quis citra Prætoris auctoritatem tranſegerit, vt quod per ſingulos annos erat ei relictum conſequeretur per ſingulos menſes, aut quod per ſingulos menſes erat relictum, conſequeretur per ſingulos dies, aut quod conſumato anno accipere deberet, initio anni conſequeretur, tranſactio valebit, quia meliorem ſuam conditionem alimentarius tali tranſactione facit.

Quia plæraque argumenta ad hanc diſputationem difficiliora in tractatu de tranſactionibus c. 1. 2. & 3. latè explicata ſunt & reſoluta, breuitatis cauſa lectorem eo remittimus.

DISPVTATIO DE TRANSACTIONIBVS SECVNDA,

Quam defendet

IOHANNES HILDEBRANDVS Brunſuicenſis.

Theſis I.

TRanſigere vel paciſci de crimine capitali prohibitum non eſt. Ignoſcendum enim ei eſt, qui ſanguinem ſuum qualiter qualiter redemptum voluit.

II.

De adulterio tamen paciſci vel tranſigere non licet.

III.

Quamuis capitale ſit, non ex conſtitutione Diocle-

tiani & Maximiani, ſed Conſtantij & Conſtantis, qui longo interuallo Diocletianum & Maximianum ſecuti ſunt.

ARGVMENTVM I.

Reipublicæ intereſt ne delicta impunita maneant. *l. ita vulneratus. §. penult. ad l. Aquil.* Sed cum de crimine capitali tranſigitur, crimen impunitum manet. Ergo de crimine capitali tranſigere non licet. R. Alciatus ad hunc modum reſpondet. Ex vna parte eſt fauor publicus quo delicta puniuntur, ex altera parte eſt humanitas, quæ ſuadet vnicuiq; permitti debere vt ſanguinem ſuum qualiter qualiter redimere poſsit. Et in hanc poſteriorem partem inclinare ſanctius eſt, maximè cum ſit capitalium pœnarum odium *l. famoſi, ad l. Iuliam maieſt.* Reipublicæ igitur intereſt vt delicta puniantur, niſi ſcilicet humanitas aliud ſuadeat. Sed hic aliud ſuadet &c. Ego ad minorem reſpondendum cenſeo hoc modo, cum de crimine capitali tranſigitur, crimen non manet impunitum. Ratio, quia tranſactio non fit gratis, ſed aliquo dato, retento vel promiſſo. At dices pacıſci etiam licet de crimine capitali, Pactio autem gratuita eſt. R. Non omnem pactionem gratuitam eſſe, ſed pactionem etiam fieri precio interueniente *vt eſt textus in l. furti, de his qui not. infam & in l. 4, in fiſci cauſis, de iure fiſci.* Sed rurſus ita replicari poteſt. Reus precibus impetrare poteſt ne ſecum agatur, vt de furto dicitur, in d. l. furti, idque dum fit, nullum damnum patitur. R. Damnum quidem pecuniarum hoc caſu non patitur. Sed tamen alias damnum grauiſsimum ſentit, cum contra voluntatem ſuam in preces prorumpat. Et damnum dicimur pati non ſolum cum diminutionem patrimonij noſtri patimur, verumetiam cum animo & voluntati noſtræ non ſatisfit *l. vlt. de vſu & habitat. & ibi Dd. notârunt.*

ALIVD.

De re priuata & familiari poſſumus paciſci, non de re publica *l. iuriſgentium, de pact.* Sed cum paciſcor de crimine capitali, de re publica videor paciſci. Ergo huiuſmodi pactio vel tranſactio non valet. Ad hanc obiectionem ita reſpondet Nicolaus Valla, cum

cum paciſcor de crimine capitali non paciſcor de re publica. quia pactio valet quo ad paciſcentem, ſed non quo ad publicam rem, & vindictam publicam. Nam alius nihilominus reum poſtea accuſare poteſt. Et hanc Vallæ ſolutionem in effectu probat Donellus qui dicit, eum qui hoc agit ne accuſet, non de re publica paciſci, ſed priuata & ſua. Paciſcitur enim ſe non accuſaturum quod priuatum eius factum eſt, & obſtat pactio paciſcenti, ne poſtea ad accuſationem admittatur, ſed alijs accuſare volentibus non nocet. Sic priuata accuſatio paciſcentis remouetur, cauſa autem publica, id eſt, accuſatio criminis integra populo relinquitur. Ego ita reſpondeo ſimpliciter. De re publica non licet paciſci, niſi lex id permittat. Sed hic lex permittit paciſci de crimine capitali idque humanitatis gratia, quia ignoſcendum ei eſt qui ſanguinem ſuum &c.

A L I V D.

Reus non poteſt aduerſarium ſuum corrumpere, ſi corrumpat, redemptæ miſerationis vox minimè debet admitti, *l. 2. C. de abolition.* At cum de crimine capitali tranſigitur, reus corrumpit aduerſarium ſuum *vt expreſſe dicitur in l. 1. de bonis eorum qui ante ſentent. &c.* Igitur videtur dicendum, quod tranſactio de crimine capitali non ſit permiſſa. R. Lex 2. C. de abolit. loquitur de criminibus publicis non ingerentibus pœnam ſanguinis. Sed dices. Imò lex illa non loquitur de crimine non ingerente pœnam ſanguinis. Ratio, quia reus qui aduerſarium corrumpit in crimine quod pœnam ſanguinis non ingerit, habetur pro cõuicto *l. eius qui, de iure fiſci.* At in d. l. 2 C. de abolit. reus qui aduerſarium corrupit, non habetur pro conuicto, ſed aduerſus nocentem reum inquiſitio inſtituitur, & pœna competens ingeritur, vt Imperator loquitur. R Locus hic admodũ difficilis domino Alciato viſus eſt, qui vocabulum rei, non accipit pro accuſato, ſed pro accuſatore, qui, quoniam in crimine non capitali tranſegit, abolitionem non impetrat, ſed propterea quod à lite deſtitit pro reo habetur, & inquiſitione aduerſus illum facta, punitur. *Alciat. lib. 5. paradoxorum c. 11.* Sed hæc expoſitio admodum dura eſt, & ego cenſeo aliter ad d. l. 2. C de abolition. reſponderi poſſe, hoc nimirum modo.

Rectè dicitur in d.l.2.C.de abolition.aduerſus nocentem reum,qui in crimine non capitali tranſegit, inquiri debere &c. Nam etſi reus qui delatorem ſuum corrupit, pro conuicto habetur: tamen inquiſitio modica inſtituitur & de crimine cognoſcitur & pronunciatur, *quemadmodum ex d. l. eius qui, de iure fiſci, liquidò conſtat.*

ALIVD.

In l. 3. C. de abolition. circa finem dicitur, quod abolitio etiam conſenſu rei ſiue accuſati non debeat dari in crimine maieſtatis, patriæ oppugnatæ vel proditæ, peculatus & ſimilibus. Ergò in his criminibus, quæ tamen capitalia ſunt, & pœnam ſanguinis ingerunt, non licet tranſigere. R. Hæc diuerſa eſſe,& à diuerſis & ſeparatis non fit bona illatio. Abolitio non fit, niſi authoritate magiſtratus intercedente. Tranſactio fit inter priuatos. Abolitio autem eſt accuſationis amittendæ licentia, *Cuiacius in Paratitl.* Eaque duplex eſt priuata & publica. Priuata fit aut poſtulante reo ex certis cauſis, aut poſtulante accuſatore. Poſt hanc vel illam, ab alio, non etiam ab eodem, intra dies 30. repeti reus poteſt *l. 3. §. vltim. de accuſationibus l. mulier. §. vltim. ad Senatuſconſultum Turpillianum. l. 1. C. de abolition.* Publica fit nullo poſtulante, authore Principe vel ſenatu ob lætitiam aliquam *l. abolitio l. ſi interueniente, ad Senatuſconſultum Turpillian.* Poſt abolitionem publicam intra 30. dies etiam ab eodem, repeti reus poteſt *l. 1. C. de general. abolition. l. aut priuatum ad Senatuſconſultum Turpillian.* Hæc ideò referre volui, quia ex his deprehenditur, ingens eſſe diſcrimen inter abolitionem & tranſactionem, & ideò ab abolitione ad tranſactionem non rectè inferri. Abolitio vt dictum eſt fit authoritate magiſtratus intercedente. Secus eſt in tranſactione. Abolitio conceditur poſtulante ſolo accuſatore & reo accuſato refragante, ſecus eſt in tranſactione. Abolitionem concedit Princeps vel ſenatus ob lætitiam publicam. Ob lætitiam publicam ad tranſigendum nemo compelli poteſt. Abolitione publica conceſſa, repeti reus ab eodem poteſt. Secus eſt in tranſactione, quæ vbi ſemel facta eſt non poteſt is qui tranſegit contra tranſactionem venire.

ALIVD.

Digitized by Google

A L I V D.

Dicimus tranſigere vel paciſci nos poſſe de crimine capitali. Contra ita arguo. Pactio fit de re certa, & non litigioſa. Tranſactio de re dubia & lite incerta *l. 1. de tranſaction.* At crimine capitali commiſſo, res maximè exiſtit litigoſa & dubia Ergo videtur dicendum quod de crimine capitali paciſci non poſsimus ſed tantum tranſigere. R. Falſum eſt quod dicitur paciſci nos tantum de re certa & non litigioſa. Etenim pactio fit etiam de re dubia & litigioſa. Vt de furto poſſumus paciſci, *quod in titulo de pactis, de his qui notantur infamia & alibi traditum eſt.* Sic poſſum paciſci, ne operis noui nunciationem exequar *tot. tit. de pact.* & valet pactio, quid enim aliud inquit Iuriſconſultus agebat Prætor quàm hoc vt controuerſias eorum dirimeret à quibus ſi ſpontè receſſerunt, debet id ratum habere, *in l. 1. de nou. oper. nunciation.* Et de qua poſſumus tranſigere, de illa ipſa re poſſumus paciſci. Et qua de re non poſſumus tranſigere, neque paciſci poſſumus. *Paulus in 1. ſentent.* Verbi gratia, de crimine capitali poſſum tranſigere. Ergo & paciſci. De adulterio non poſſum tranſigere, Ergò nec paciſci. De alimentis teſtamento relictis, non tranſigo, ergo nec paciſcor. At dices? de re iudicata non tranſigo, rectè tamen paciſcor *tot. tit. de tranſaction.* R. Loquimur hic de re litigioſa, & de qua re litigioſa non tranſigitur, nec paciſcimur. Quæres igitur, an nihil differat tranſactio à pactione? R. multum differre. Nam tranſactio fit de re tantum dubia vel litigioſa. Pactio etiam de re certa & non litigioſa. Deinde tranſactio fit aliquo dato retento vel promiſſo *l. tranſactio. C. de tranſact.* Pactio etiam fit gratuito *l. 1. de tranſaction. l. furti, de his qui not. infam.* Denique pactum genus eſt, ſub quo tranſactio comprehenditur. Tranſactio ſpecies pacti, quando nudo fit pacto.

A L I V D.

Dicimus de crimine capitali tranſactionem permiſſam eſſe. Obſtat l. eius qui, de iur. fiſci, vbi dicitur. Eius qui delatorem corrupit, ea conditio eſt, vt pro victo habeatur. Igitur tranſactio non eſt permiſſa, cum corrumpens delatorem habeatur pro victo. R. Lex eius qui de iure fiſci, eſt Vlpiani ex lib. 8. diſputationum. Ex eodem lib. eſt l. 1. de bonis eorum &c. d. l. 1. de bonis eo-

Digitized by Google

nis eorum &c. eſt de criminibus ſanguinis pœnam ingerentibus. Lex eius qui, de criminibus non ingerentibus pœnam ſanguinis, de quibus tranſigere non poſſumus, & qui tranſigit habetur pro conuicto *vt probat l. vlt. de præuaricator.*

ALIVD.

Quod ſtatuitur in vno correlatiuorum, ſtatui etiam debet in altero *l. vnic. C. de indict. viduit. tollend.* Sed accuſans aliquem de delicto publico ingerente pœnam ſanguinis, non poteſt cum accuſato tranſigere. Si tranſigat incidit in Senatuſconſultum Turpillianum & pœna quinque librarum auri punitur *l. 3. in fin. de præuaricator.* infamia quoque notatur *l. 2. C. ad Senatuſconſultum Turpillian.* Igitur nec accuſatus de crimine capitali tranſigere poteſt. R. Nego minorem. Nam accuſator poteſt quoque tranſigere, & tranſigendo non incidit in Turpillianum. Accuſans aliquem, tenetur libello ſe inſcribere & ſubſcribere. Inſcriptione profitetur, cuius criminis alium reum deferat. Subſcriptione profitetur ſe id profeſſum eſſe & reum à ſe peractum iri declarat *l. libellorum, de accuſationibus* idque in hoc inuentum eſt, vt accuſatorem ſi non vinceret, vinciret hæc ſubſcriptio & temeritatis coargueret, atque ita ne quis temerè ad accuſationem proſiliret. Hæc enim ſubſcriptio ipſa vi accuſatorem in talionis pœnam obligat *l. fin. C. de accuſation. Symmachus lib. 4. Epiſtol. Quid habeat conditionis inſcriptio noſtis præ cæteris. Prouiſum eſt enim ne quis temerè in alieni capitis diſcrimen irrueret, niſi ſe idem prius pœna ſponſione vinciret.* Hinc in l. penult. C. de accuſation. Impp. inquiunt. In cauſis criminalibus dignum eſt, vt inſcriptiones proponantur, quæ magnitudinem videlicet ſceleris tempuſque deſignent, vt alterutram partem digna legum tenere poſsit auſteritas. Alterutram partem id eſt, vel accuſatorem, ſi fefellerit, vel reum, ſi accuſator vera detulerit. Cum itaque accuſator in pœnam talionis incidat ſi crimen obiectum non probet, meritò ei conceſſum eſt vt tranſigere poſsit. At dices, ſi accuſator tranſigere poteſt lege permittente, non incidit in pœnam. Quod enim lege permittente fit, pœnam non meretur *l. Grachus. C. ad l. Iuliam de adulterijs.* Sed vt ſupra dictum eſt, accuſator tranſigens incidit in Turpillianum & punitur,

Igitur

Digitized by Google

Igitur non poteſt tranſigere. R. Senatuſconſultum Turpillianum non loquitur de tranſigente ſed de deſiſtente ab accuſatione. Qui deſiſtit ab accuſatione, non impetrata abolitione, incidit in Turpillianum non qui tranſigit. Is enim permiſſu Imperatoris ab accuſatione deſiſtit & ideò puniri non poteſt *l. deſtitiſſe, ad SCtm. Turpillian.*

A L I V D.

Dicimus de adulterio tranſigi non poſſe. Contra ita argumentor. Vbi eadem eſt ratio, idem quoque ius debet ſtatui. Ratio enim anima cuiuſque rei eſt. Sed in adulterio eadem hodie eſt ratio quæ in cæteris criminibus. Pœnam enim ſanguinis ingerit. Igitur ſicuti in cæteris criminibus capitalibus, permiſſa eſt tranſactio propterea quod ignoſcendum eſt ei qui ſanguinem ſuum qualiter qualiter redemptum voluit: ita quoque permitti debet in adulterio, propter eandem rationem. R. Vbi eadem ratio, ibi idem quoque ius ſtatuendum eſt, niſi ſcilicet lex diuerſum ius expreſsè ſtatuat. Sed hic expreſsè diuerſum ius ſtatuitur &c.

A L I V D.

Leges & conſtitutiones futuris negotijs formam dant, non præteritis *l. leges. C. de legibus Cicero in 3. Verrina Verrem ridens, neque vlla lege inquit præteritum tempus reprehenditur, niſi eius rei, quæ ſua ſponte ſcelerata ac nefaria eſt, vt etiamſi lex non eſſet, magnopere vitanda fuerit.* Inde igitur dicendum videtur, de adulterio etiam hodie poſſe tranſigi, quamuis olim tranſactio permiſſa non fuerit, cum hodiè capitale crimen ſit adulterium. R. Leges futuris negotijs formam dant, quando ſcilicet poſtea futuris negocijs propria & peculiaris forma non adſcribitur. Cum propriam & peculiarem formam futura negocia accipiunt, non poſſunt regulari ſecundum formam legum ante latarum, quæ futuris negocijs formam dederunt. Sed adulterium quod olim capitale non fuit, hodiè hanc formam accepit, quod capitale effectum eſt & quod nihilominus de ipſo tranſigi non poſsit. Et idcircò leges quæ dicunt, de capitalibus criminibus tranſigi poſſe, non habent locum in adulterio quamuis poſtea capitale effectum eſt.

ALIVD.

A criminibus ingerentibus pœnam ſanguinis, de quibus tranſigere & paciſci poſſumus, excipimus ſolum adulterium. Contra ita argumentor. De raptu tranſigi non poteſt. Ergò malè adulterium tantum excipitur. Antecedens probatur *per l. vnicam C. de raptu virgin. Ibi in §. penult. Imperator diſponit quod parentes deportari debeant qui dolorem remittunt, & patientiam prabent.* Si ergo dolorem remittere parentes non poſſunt, nec debent, certè raptor non poterit cum parentibus nulla ratione tranſigere, nec ipſi parentes cum raptore. R. Diſſentientes ſunt Interpp. ſententiæ de eo, an de raptu poſsit tranſactio fieri. Bartolus affirmat. *Baldus in contraria eſt ſententia per text. in d. l. 1. de rapt. virgin. eaq; ſententia communiter probatur, ſed nihilominus Bartoli opinio vera eſt. Nec obſtat d. l. 1.* Nam quod ibi dicitur parentem deportari qui patientiam præbet, ac dolorem remittit, hoc non de parente tranſigente vel paciſcente accipiendum eſt ſed de parente, qui ſcit filiam ſuam rapi, & in raptum conſentit, atque ita patientiam præbet, & dolorem quem meritò percipere deberet ex raptu, remittit. Hic deportatur. Reliqui qui conſcij criminis ſunt, capitali ſupplicio afficiuntur *d. l. vnica. C. de raptu virginum.*

Quæritur quare de adulterio tranſigere non liceat?

Huius rei multæ afferuntur rationes ab Interpp. quas hic non referam. Mihi probatur ratio à Domino Alciato & Iacobo Cuiacio allata. Ratio hæc eſt. Olim adulterium capitale non fuit, vt infrà dicam. Hoc nominatim abrogatum eſt. Olim etiam de adulterio tranſigi non potuit. *l. de crimine. C. ad l. Iuliam de adulterijs.* Hoc nominatim non eſt abrogatum & ideò manet. *Alciat. lib. 5. Paradox. c. 8. Cuiacius. libr. 6. obſeru. c. 11.*

At dices, adulterio capitali effecto non neceſſe fuit nominatim conſtituere de adulterio poſſe tranſigi, quia conſequens id, ex antecedente ſatis intelligitur cum de criminibus capitalibus licita ſit tranſactio. R. Ex eo quod adulterium capitale eſt effe-

ctum,

Digitized by Google

ctum, nequaquam poteſt colligi, licere tranſigi de adulterio. Nam illa conſtitutio, quæ capitale fecit adulterium noua eſt conſtitutio. Nouæ autem conſtitutiones ſtrictè ſunt accipiendæ, adeò vt ex ijs conſequentia etiam neceſſaria contra ius vetus admittenda non ſit, niſi nominatim exprimatur.

ALIVD.

Dicimus adulterium capitale eſſe. Obſtat l. 20. §. 6. qui teſta. facere poſs. Ibi dicitur adulterij damnatum teſtem produci & teſtimonium dicere poſſe. Igitur non eſt capitale. R. Ante Auguſtum Imperatorem nulla certa pœna adulteris fuit conſtituta, ſed impudicarum mulierum cohercitionem propinqui ac neceſſarij habebant qui in eas pro ſuo arbitrio ſtatuebant. *Suetonius in Tyberio c. 35. Tacitus lib. 2. & Liuius libr. 10.* Poſtea Auguſtus cum ciuitatem Romanam luxu diffluentem, & ad omnem ſtuprorum adulteriorumque licentiam proiectam cerneret, cohercendi huius mali cauſa, legem tulit de adulterijs & ſtupris. Ea eſt lex, quæ lex Iulia de adulterijs cohercendis inſcribitur *l. 1. ad l. Iuliam de adulterÿs.* Et hoc nomine *Horatius lib. 4. Carminum ita ipſi gratulatur.*

Nullis polluitur caſta domus ſtupris:
Mos, & lex maculoſum edomuit nefas:
Laudantur ſimili prole puerperæ:
Culpam pœna premit comes.

Ex illa lege Auguſti, adulterij pœna capitalis non eſt, *vt ex d. l. 20. §. 6. qui teſtam. facere poſſ. ſatis apparet.* Sed intra relegationem conſtitit *quod probat lex ſi quis viduam, de queſtion.* quæ adulterio cum inceſtu irrogat deportationem. Simplex igitur ſi fuerit adulterium proximus pœnæ gradus eſt relegatio. Circa milites tamen quos ab omni libidine puros ſeruari caſtrorum diſciplina poſtulat, legis Iuliæ pœnam plerique Imperatores exceſſerunt. Mancinus authore Capitolino, milites quoſdam qui hoſpitis ſui ancillam corruperant, duobus miræ magnitudinis bobus, quos ſubito aperiri iuſſerat incluſit, capitibus vt ſecum colloqui poſſent exortis. Aurelianus vt Vopiſcus refert, militem qui cum hoſpitis vxore adulterium commiſerat, ita puniuit, vt

duarum arborum capita inflecteret, quæ ad pedes militis deligata, ſubitò dimiſit, vt ſciſſus ille vtrinq; penderent. Poſt Auguſtum Conſtantius & Conſtans adulterium capitale fecerunt *l. 4. C. Theo. quorum appella. non recipi. & ex d. l. 4. conſtitution. Conſtantini addita ſunt hæc verba, Sacrilegos nuptiarum gladio puniri oportet l. quamuis. C. ad l. Iul. de adulteriis.* Nam Conſtantinus non eſt primus qui adulteros capite puniuit, ſed Conſtantius & Conſtans primi id fecerunt. Iuſtinianus pœnam capitalem in maſculis probauit, mulierem verberibus cæſam in monaſterium detrudi præcepit. Et hoc eſt ius nouiſsimum quod in libris noſtris extat. Leo poſtea pœnam capitalem rurſus abrogauit *in Nouell. 32. in qua ſtatuit vt adulteris viro & fœminæ naſus abſcindatur, quod tanquam ineptè factum Martialis lib. 3. Epigr. ridet.*

Quis tibi perſuaſit nares &c.

A L I V D.

Dicimus adulterium non eſſe capitale ex conſtitutione Diocletiani & Maximiani. Obſtat l. tranſigere, in qua Diocletianus & Maximianus inquiunt, excepto adulterio. Malè exciperetur, ſi Diocletianus & Maximianus adulterium capitale non feciſſent, aut ante illos, adulterium non fuiſſet capitale. Exceptio debet eſſe de regula. R. Ex C. Theodoſiano conſtat, Conſtantium & Conſtantem, adulterium capitale feciſſe. Conſtans autem & Conſtantius fuerunt Conſtantini Magni filij, & Conſtantinus Magnus tenuit imperium poſt Diocletianum & Maximianum. Ex conſtitutione autem Conſtantij & Conſtantis, Tribonianus ad conſtitutionem Diocletiani & Maximiani adiecit hæc verba, excepto adulterio. Et Iuſtinianus Triboniano conceſſit vt Imperatorum conſtitutionibus & reſponſis Iuriſconſultorum addere & detrahere poſſet.

A L I V D.

Excipimus ſolum adulterium. Sed rurſus obſtat. l. penult. C. quibus ex cauſis ſerui pro præmio libertat. accipiunt. Ibi ſeruus libertate donatur qui facinus raptus diſsimulatione prætertitum in publicum defertur. Ergò non licet de raptu tranſigere. R. Hoc non poteſt colligi ex illa lege ſed potius contrarium.

rium. Nam dicitur ibi, diſsimulatione præteritum vel pactione tranſmiſſum &c.

ALIVD.

Dicimus de adulterio tranſigi non poſſe. Obſtat Nouella 117. Ibi Imperator diſponit vt qui aliquem ſuſpectum habet quaſi pudicitiæ & caſtitati vxoris ſuæ inſidietur, mittat ei tres denunciationes ſcripto comprehenſas quæ fidedignorum virorum teſtimonia habeant. Et ſi poſtea deprehendat eum cum vxore vel in proprijs ædibus vel vxoris, vt adulteri, vel in popinis, impunè eum occidat. Si verò in alio loco cum vxore colloquentem deprehenderit, conuocet tres fide dignos teſtes & poſtea eum iudici tradat, qui ſi cognouerit eum poſt tres denunciationes ſcripto comprehenſas cum muliere deprehenſum, ſupplicio illum afficiat, quaſi hoc ſolo facto in crimen adulterij inciderit. Et hoc inquit Imperator, ita obtinere volumus, ſi nondũ propoſita ſunt aut δικαστικῇ ψήφῳ aut φιλικῇ συμβάσει id eſt, iudiciaria ſententia aut amicorum interuentu. Igitur Imperator ſignificat, quod de adulterio liceat tranſigere. R. Accurſius ſignificat appendicem illam poſtremam non debere referri ad capitulum adulterij, ſed ad alia capitula in eadem Nouella poſita. Et hanc ſolutionem probat Bartolus, eamque ſequitur. Sed replico hoc modo, clauſula in fine poſita referri debet ad omnia præcedentia. Igitur & hæc clauſula ad caput adulterij referenda eſt. R. Antecedens ita verum eſt quando commodè poteſt referri. *Riminaldus in l. tranſigere. C. de tranſactionibus n. 7.* Item quando ex relatione iſta non oritur legum contrarietas. *Zaſius in l. 1. §. qui præſens, num. 6. de Verbor. obligat.*

ALIVD.

Obſtat Nouella 134. Ibi Imperator de pœna adulterij loquitur, & capitalem pœnam in maſculo approbat. Mulierem verò verberibus cæſam in monaſterium detrudi præcipit, data poteſtate marito intra bienniũ eam inde reuocandi, quo tranſacto aut viro præmortuo, eam raſo capite, monaſtico habitu amiciri, & illic omni vitæ tempore manere iubet. Ecce maritus ex monaſterio mulie-

mulierem reuocat. Ergò de adulterio cum muliere tranſigit. R. Ibi maritus de adulterio cum vxore non tranſigit, quia vxor verberibus cæditur, & in monaſterium detruditur. Sed poſt pœnã impoſitam maritus ſe reconciliare poteſt cum muliere. Iſta reconciliatio non eſt tranſactio. Et de adulterio tranſigi non poteſt. Pax & reconciliatio fieri poteſt. *Riminald. in l. tranſigere, num. 2. circa finem. C. de tranſaction.*

A L I V D.

In l. qui certum. §. final. ad l. Iuliam de vi public. raptu commiſſo, pater precibus exoratus iniuriam ſuam remiſit. Extraneus inquit Iuriſconſultus reum poſtulare poteſt. Ergò de crimine capitali non eſt licita tranſactio. R. Licita eſt tranſactio, ſed reus nihilominus ab alio repeti poteſt. Neque obſtat l. 3. de præuaricat. l. eum qui. §. in popularibus, de iureiurand. vbi alijs agere volentibus præiudicium factum eſt.

Nam ibi authoritas iudicis interceſsit & ideò meritò alijs agere volentibus præiudicatur. Cum tranſactio fit, partium conſenſus tantum intercedit, & ob id alijs non fit præiudicium.

IV. Theſis.

De alijs publicis criminibus, quæ ſanguinis pœnam non ingerunt, tranſigere non licet.

V.

Citra falſi accuſationem, hoc eſt crimine falſi excepto.

VI.

De crimine enim falſi tranſactio permiſſa eſt, quamuis nonnullis contra veterum Latinorum & Græcorum ſententiam aliter videatur.

A R G V M E N T V M I.

Dicitur in quarta propoſitone quod de publicis criminibus non capitalibus non liceat tranſigere. Sed obijcit Donellus tale argumentum. Accuſator tranſigens de crimine publico non capitali,

Digitized by Google

pitali, non poteſt reum iterum accuſare, deſtitit enim ab accuſatione. Igitur tranſactio valet. Si enim non valeret, non noceret accuſatori, & tranſactione non obſtante poſſet reum accuſare *l. non dubium. C. de legibus.* Ibi dicitur, conuentionem quæ fit lege prohibente, nullam eſſe. Si tranſactio quæ fit de crimine non capitali nulla eſt, non valet, non debet nocere accuſatori, ſed nocet, quia ad accuſationem redire non poteſt. Ergo &c. R. Hæc obiectio admodum frigida eſt. Nam in iure noſtro non eſt nouum, vt quæ contra legum prohibitionem fiunt, atque ita nulla ſunt, & non valent, noceant ei à quo facta ſunt. Verbi gratia. Emphyteuta, prædium ſuum Emphyteuticum, inſcio domino prædij alienare non poteſt. Si tamen alienauerit, nocet ipſi alienatio, *tot. tit. C. de iure Emphyteut.* Sic vaſallus feudum ſine domini & agnatorum conſenſu alienatum perdit, quamuis alienatio nulla ſit, non valeat non teneat. Sic quamuis tranſactio ſuper crimine non capitali non valet: tamen non poteſt accuſator qui tranſegit atque ita deſtitit ab accuſatione, ad accuſandum redire.

A L I V D.

In publicis, priuatis & fiſcalibus cauſis, poteſt quis pecuniam dare, aduerſario ſuo, tranſigendi cauſa *l. 1. de calumniator.* Igitur reus poteſt de crimine publico non capitali, tranſigere R. Hoc etiam ſecundum argumentum Donelli eſt frigidum. Etenim per cauſas publicas Iuriſconſultus non intelligit crimina publica, ſed cauſas concernentes publicam vtilitatem, & ideò publicas cauſas priuatis opponit. Deinde etſi maximè per cauſas publicas, Iuriſconſultus intelligeret crimina, tum indiſtinctè loquitur Iuriſconſultus, & ob id eſſet exaudiendus, de crimine publico capitali, non de crimine non capitali, maximè cum poſtea dicat, licitis tranſactionibus non eſſe interdictum. Et de crimine publico capitali licitè tranſigitur, non de crimine non capitali. Hoc amplius Iuriſconſultus vbi de pecunia, tranſactionis cauſa data loquitur, non facit mentionem publicarum priuatarum & fiſcalium cauſarum, & ideò dicendum eſt, illum loqui de tranſactione in priuatis cauſis &c.

A L I V D.

Quicunque ob conſcientiam ſtupri aliquid accipit, pœnâ

plectendus eſt, ſed gratis iniuriam remittere nemo prohibetur *l. mariti. §. plectitur, ad l. Iuliam de adulter.* Si gratis iniuria ſtupri remitti poteſt, ergò pactio non improbatur quæ gratuita eſt. R. Aliud eſt gratis iniuriam remittere, aliud paciſci. Pactum non fit niſi is qui iniuriam fecit, & qui eſt paſſus conſentiant. Eſt enim pactum duorum &c. At gratis iniuriam quis remittit apud ſeipſum, ſi iniuriam quam paſſus eſt ad animum non reuocet. Gratis igitur poteſt quis iniuriam quam commiſſo adulterio paſſus eſt, remittere. De adulterio paciſci non poteſt.

ALIVD.

Dicimus de crimine falſi tranſactionem eſſe permiſſam. Contra ita Donellus inſtat. Præpoſitio citra, idem valet quod ſine, & nunquam pro præter accipitur. Vt vſuræ citra vinculum ſtipulationis non debentur, id eſt, ſine ſtipulatione *in l. 3. C. de vſuris.* Pater vindicat citra periculum id eſt, ſine periculo *in l. final. de public. iudicijs.* Seruo pignori dato, peculium eius creditor citra conuentionem ſpecialiter ſuper eo conceptam, fruſtra diſtrahit *l. 1. §. 1. de pignor.* Citra conuentionem id eſt, ſine conuentione. Igitur cum hic dicitur, de crimine non capitali tranſigi non poſſe, citra falſi accuſationem, citra quoq; pro ſine accipitur, & ſenſus hic erit, non tranſigitur de crimine publico non capitali citra falſi accuſationem hoc eſt, quin in falſi accuſationem incidat tranſigens. R. De crimine falſi tranſigi poteſt *l. 7. C. ad l. Cornel. de falſis.* Illa lex de falſo tranſactionem comprobat. Igitur neceſſariò præpoſitio citra, pro præter accipienda eſt, atque ita Interpp. communiter ſentiunt. Et accipitur citra quandoque pro præter, *vt eſt textus expreſſus in l. vltim. de Calumniator.*

ALIVD.

Dicemus procul dubio pro conuicto illum haberi qui de crimine publico non capitali tranſigit, *per l. eius qui, de iur. fiſci. l. final. de præuaricat.* Sed obſtat l. Imperatores, Eod. Ibi quingentos ſolidos fiſco infert qui aduerſarium corrupit. R. Corrumpens aduerſarium in cauſis fiſcalibus pro conuicto habetur *l. 4. eod. & d. l. eius qui,* & in hoc cauſæ fiſcales, à publicis criminibus non capitalibus nihil diſtant. Verum in fiſcalibus cauſis hoc amplius

Digitized by Google

plius conſtitutum eſt, vt reus qui delatorem corrupit quingentos ſolidos fiſco inferat *d. l. Imperatores.*

A L I V D.

In l. 4. de iur. fiſci dicitur, quod in fiſci cauſis, pacti cum delatoribus pro confeſsis habeantur, ſi modo precium vel modicum dederunt. Ecce ibi pro confeſsis non habentur, qui pretium non dederunt. Igitur videtur dicendum quod pactio gratuita de criminibus valeat. R. In cauſis fiſcalibus pacti, non tantum pro confeſsis habentur, ſed hoc amplius quingentos ſolidos fiſco inferre coguntur. Et ideò non dicuntur pacti cum delatoribus in cauſis fiſci, quoad hoc vt incidant in pœnam quingentorum ſolidorum, qui pecuniam non dederunt.

A L I V D.

In l. ſerui. C. ad l. Iuliam de adulterijs, Titius vxorem ſuam repudiauit. Sempronius illam poſtea in vxorem duxit. Titius deinde Sempronium accuſauit quaſi cum vxore ſua adulterium commiſiſſet. Sempronius accuſatorem corrupit. Imperator ſcribit, Sempronium pecuniam quam dedit repetere poſſe. Igitur de adulterio licet tranſigere, & tranſigens non habetur pro conuicto. R. Ibi nullum adulterium fuit commiſſum & ideò repetit. Si fuiſſet adulterium commiſſum, accipiens pecuniam punietur *d. l. ſerui in fin.* Et ideò tranſactio nullius eſſet momenti.

VII. Theſis.

Tranſactio quæcunque ſit, de his tantum, de quibus inter conuenientes placuit, interpoſita creditur. Et ideò qui cum tutoribus ſuis de ſola portione adminiſtratæ tutelæ ſuæ egerat & tranſegerat, aduerſus eoſdem tutores ex perſona fratris ſui, cui heres extiterat agens, præſcriptione factæ tranſactionis non ſubmouetur.

VIII.

Ei quoque qui nondum certus ad ſe querelam contra patris teſtamentum pertinere, de alijs cauſis cum aduerſarijs pacto tranſegit, in his tantum tranſactio

obeſt, quamuis maior annis 25. eam interpoſuit, de quibus actum probatur, non quorum actiones competere ei poſtea compertum eſt. Iniquum enim eſt perimi pacto id de quo cogitatum non docetur.

ARGVMENTVM.

In ſeptima propoſitione dicitur, tranſactionem tantum de his valere, de quibus inter conuenientes placuit. Obſtat l. qui Romæ. §. duo fratres, de Verbor. obligation. Duo fratres hereditatem paternam inter ſe diuiſerunt, & cauerunt inuicem nihil ſe contra eam diuiſionem facturos, & ſi quis contra feciſſet pœnam alter alteri promiſit. Fuerunt autem hi fratres teſtamento paterno rogati, vt qui prior ſine liberis vita fungeretur, partem ſuam ſuperſtiti reſtitueret. Vno ſine liberis mortuo, alijs heredibus ſcriptis, frater ſuperſtes ab eis hereditatem petijt ex cauſa fideicommiſsi ſibi à patre relicti. Heredes defuncti fratris obiecerunt exceptionem pacti ſiue tranſactionis, eamque etiam ad fideicommiſſum ſpectare contenderunt. Et Scæuola Iuriſconſultus refert pronunciatum fuiſſe, Tranſactionem quoque ad fideicommiſſum extendi. Ex eo ergo quod tranſactio diuiſionis bonorum ad fideicommiſſum extenditur, videtur dicendum, tranſactionem quoque in his valere de quibus inter conuenientes non placuit. R. In d. l. qui Romæ, Iudex ideò pronunciauit tranſactionem ad fideicommiſſum pertinere, quod ei aliunde conſtaret de fideicommiſſo, etiam fratres, diuiſione facta, inter ſe tranſegiſſe. Et hæc Iacobi Cuiacij eſt ſolutio non vno in loco, quæ mihi magis placet quàm reliquæ ſolutiones à Dd. allatæ. Doctores enim adferunt quatuor ſolutiones. Primum dicunt ibi l. qui Romæ, malè fuiſſe pronunciatum. Deinde quod tranſactio ideò extendatur ibi ad fideicommiſſum, quod conuenerat inter fratres, ſe contra iſtam diuiſionem nihil facturos ex quacunque cauſa. Iſte terminus vniuerſalis, nihil, omnia excludit. Tertio quod lex qui Romæ loquatur in diuiſione, non in tranſactione, & diuiſio multum à tranſactione diſtat. Nam diuidens tenetur de euictione, non tranſigens. Quartò quod in d. l. qui Romæ agebatur de eadem

re,

re, hic de diuerſa, & ideò diuerſitas rei facit quod non obſtat exceptio.

IX. Theſis.

Sic tranſactio propter fideicommiſſum teſtamento relictum facta, ad fideicommiſſum codicillis relictum non pertinet. Et ſi poſtea codicilli proferantur non improbè dicturus videtur qui tranſegit, de eo duntaxat ſe cogitaſſe, quod illarum tabularum, quas tunc nouerat ſcriptura contineretur.

X.

Quinimo cum Aquiliana ſtipulatio interponitur, quæ ex conſenſu redditur, lites de quibus non eſt cogitatum in ſuo ſtatu retinentur. Liberalitatem enim captioſam interpretatio prudentum fregit.

XI.

Non tamen eſt ferendus qui generaliter in his quæ teſtamento ei relicta ſunt, tranſegerat, ſi poſtea cauſetur, de eo ſolo ſe cogitaſſe, quod prima parte teſtamenti, ac non etiam quod poſteriori legatum ſit.

In 9. propoſitione dicimus eum qui tranſegit de fideicommiſſo, teſtamento relicto, poſſe agere nihilominus de fideicommiſſo relicto codicillis. Obſtat l. ſub prætextu. C. de tranſaction. & l. Lucius §. vltim. ad Trebellian. Ibi traditur tranſactionem non reſcindi propter inſtrumenta de nouo reperta. Ergò & hic tranſactio non debet reſcindi, propter repertos codicillos. R. Hæc diuerſa eſſe. Ibi tranſactum fuit de hereditate. Et ideò ſi emergant poſtea noua inſtrumenta quibus doceatur ampliorem fuiſſe hereditatem quàm tranſigentes exiſtimarent, propter illa inſtrumenta, tranſactio non reſcinditur, ſed pertinet tranſactio ad totam hereditatem, quia de hereditate fuit tranſactum. At hic fuit duntaxat tranſactum de teſtamento, de codicillis nihil fuit cogitatum, atque adeò etiam nihil tranſactum.

Accurſius obijcit l. 2. de except. rei iudic. quæ refertur in l.

Digitized by Google

qui cum herede, de O.& A. Ibi creditor egit cum herede ſcripto & ſubmotus exceptione, ſi non in ea cauſa ſunt tabulæ teſtamenti vt emancipato dari debeat bonorum poſſeſsio. Emancipatus poſtea omiſit bonorum poſſeſsionem. Reſtituitur creditori aduerſus heredem ſcriptum actio. Igitur & cum de teſtamento tranſactum eſt, & poſtea codicilli proferuntur, ſubmoueri debet fideicommiſſarius ſed poſtea reſtitui. R. Hic non opus eſt aliqua reſtitutione, quia de teſtamento tranſactum fuit non de codicillis, & ex codicillis agitur. Tunc reſtitutione ceſſaria eſt cum ad eam rem de qua depulſi aut eiecti ſumus, reuerti volumus. Vt cum victi iudicio, eodem rurſus experiri volumus.

XII. Theſis.

Priuatis pactionibus non dubium eſt, non lædi ius cæterorum. Quare tranſactione quæ inter heredem ſcriptum & legitimum heredem puta matrem defuncti facta eſt, neque teſtamentum reſciſſum eſt, neque manumiſſis vel legatarijs actiones ſuæ ſunt ademptæ.

XIII.

Debet itaque manumiſſi & legatarij ſcriptum heredem conuenire, qui in tranſactione hereditatis aut cauit ſibi pro oneribus hereditatis, aut ſi non cauit, non debet negligentiam ſuam ad alienam iniuriam referre.

XIV.

Creditor et vtrumque & ſcriptum heredem & legitimum, propter incertum ſucceſſionis, pro parte hereditatis, quam vterque in tranſactione expreſſerit, actionibus vtilibus conuenire poſſunt.

XV.

Venditor hereditatis qui cum debitore hereditario ignorante venditam eſſe hereditatem tranſegit, emptori hereditatis cui actiones ſuas mandauerat nocet, & propterea ſi emptor hereditatis debitum à debitore exigere velit,

Digitized by Google

velit, exceptio tranſacti negocij debitori propter ignorantiam ſuam accommodanda eſt: quod & in eo qui fideicommiſſam recepit hereditatem, ſi heres cum ignorante debitore tranſegit, dicendum eſt.

ARGVMENTVM I.

In 12. propoſitione dicimus, quod manumiſsi & legatarij, ſcriptum heredem debeant conuenire. In propoſitione 14. dicimus quod non ſolum ſcriptum heredem ſed & legitimum debeant conuenire. Hæc igitur inter ſe pugnant. R. Hæ propoſitiones non pugnant. Nam propoſitio 12. & 13. loquuntur de manumiſsis & legatarijs. Propoſitio 14. de creditoribus. Et creditores à manumiſsis & legatarijs ſeparandi ſunt. Manumiſsi & legatarij cum legitimo herede experiri non poſſunt, quia non niſi ex teſtamento eis debetur, cum ſcripto, in ſolidum vtiliter experiuntur, quia teſtamentum tranſactione ruptum non eſt. Creditores cum vtroque experiuntur, quia debita à defuncto contracta à quibuslibet heredibus debentur. Et ideò in incerto ſucceſsionis cum vtroq; rectè experiuntur vt dictum eſt, pro parte in tranſactione adſcripta. Experiuntur verò non recte iure, quia vtilibus actionibus, quia certum omninò non eſt quis iure heres ſit: Hæc habet Iacobus Cuiacius.

ALIVD.

Nemo pro parte teſtatus & pro parte inteſtatus decedere poteſt, idque ius non patitur *l. ius noſtrum, de R. I.* Igitur malè hic dicimus aliquem duos heredes habere poſſe, vnum ſcriptum alterum legitimum. R. Nemo poteſt teſtatus & inteſtatus decedere ab initio ſcilicet, niſi fuerit miles. At ex poſtfacto accidere poteſt, vt quis pro parte teſtatus, pro parte inteſtatus decedat, atque ita rectè à Baldo traditum, eſt in l. controuerſia, de tranſaction.

ALIVD.

Dicimus creditores, ſcriptum heredem & legitimum poſſe conuenire. Obſtat l. quoties. C. de heredibus inſtituend. & §. ſi quis vna aliqua re deducta, Inſtit. de fideicommiſſar. hereditat.

Qui

Qui rem aliquam certam exhereditate alicuius conſequitur, actione nulla conueniri poteſt. Sed legitimus heres conſequitur ex hereditate defuncti rem certam aut certas res. Igitur videtur dicendum quod nulla actione conueniri poſsit à creditoribus hereditarijs. R. Concedo totum argumentum rectè intellectum. Si is qui legitimus alioquin eſſet heres, ſi heres in teſtamento nullus eſſet ſcriptus, rem certam ex hereditate accipiat, nulla actione à creditoribus hereditarijs conuenietur, quia heres non eſt. At ſecus eſt quando à ſcripto herede accipit quotam hereditatis, tunc pro iſta quota heres eſt, & pro parte hereditatis à creditoribus hereditarijs conueniri poteſt, atque ita Imperatores in locis ſupra dictis diſtinguunt. Et nos loquimur de legitimo herede, qui quotam hereditatis accepit & ideò dicimus pro parte hereditatis &c.

A L I V D.

Actor certus eſſe debet, nec poteſt variare. *l. vltim. C. de codicillis.* Si teſtator (inquit Imperator) faciens teſtamentum, in eodem pro codicillis etiam id valere complexus ſit, qui hereditatem petit, ab ipſis intentionis exordijs, vtrum velit, eligendi habeat poteſtatem, ſciens ſe vnius electione, alterius ſibi aditum præcluſiſſe. Igitur videtur dicendum, quod creditores ſimul heredem ſcriptum & legitimum conuenire non poſsint, ſed ab initio eligere debeant vtrum ſcriptum an legitimum velint conuenire. R. Actor certus eſſe debet, quando aliquid ab initio certum eſt. Sed hic propter incertum ſucceſsionis, vt dicitur in propoſitionibus noſtris permittitur creditoribns vt legitimum & ſcriptum heredem conuenire poſsint.

A L I V D.

Sciſſo emolumento ſcinditur onus, & ſecundum naturam eſt eum ſequi incommoda quem ſequuntur commoda &c. Igitur legatarij debent non ſolum ſcriptum heredem ſed & legitimum conuenire. R. Hæc ſunt ἀκόλυθα. Et hoc potius ſequitur, legitimum heredem qui partem hereditatis accepit, onus ferre quoque debere pro ea parte. Et cauere ſibi poteſt ſcriptus heres, vt legitimus pro hereditatis parte, ſibi legata legatarijs data

Digitized by Google

data reſtituat, quod ſi non fecit, ſibi id imputabit. Et legatarij nihilominus heredem ſcriptum conuenient, quia eis non niſi ex teſtamento debetur.

XVI. Theſis

Tranſactio quæ fit pacto conuento, reo ad exceptionem proficit, & ſi reus non ſeruat tranſactionem, actor exceptionem tranſactionis à reo oppoſitam, replicatione doli mali ſiue in factum elidere poteſt.

XVII.

Tranſactio quæ fit acceptilatione, ipſo iure tollit actionem, & ſi reus poſtea tranſactioni contraueniat, dabitur actori præſcriptis verbis actio, vel condictio cauſa data, cauſa non ſecuta, vel actio ex ſtipulatu ſi conuentioni ſubdita fuerit ſtipulatio, vel etiam de dolo, ſi dolus arguatur.

XVIII.

Cum pacto conuento, pœnalis ſtipulatio ſubiungitur, fide rupta, is cuius intereſt tranſactionem ſeruari, vel pœnam exigere, vel tranſactione vti poteſt. Et ſiquidem pœnam exiget, actionem excipiet, quaſi reſciſſo pacto. Si tranſactione vtatur, pœnam non petet.

XIX.

Niſi fortè pœna promiſſa fuerit, rato manente pacto, tunc enim qui fidem licitæ tranſactionis rupit, non exceptione tantum ſubmouebitur, ſed & pœnam, quam ſi contra placitum fecerit, rato manente pacto, ſtipulanti rectè promiſerat, præſtare cogetur.

Quod dicitur in his propoſitionibus duabus prioribus, reo tranſactionem non ſeruante, dari actori actionem præſcriptis verbis, vel condictionem cauſa data cauſa non ſecuta, vel ex ſtipulatu actionem vel dolo, hoc non ita exaudiendum eſt quaſi actori, priori actione ſublata, omnes hæ actiones promiſcuè & indiſtin-

ctim competant. Sed præſcriptis verbis actio vel condictio competit vbi à lite eſt receſſum, vel ſemel à iure ipſo actio eſt ſublata. Hoc enim ipſo contractum eſt negocium, & ſubeſt cauſa. Et præſcriptis verbis actio & condictio concurrunt *vt ex l. 5. de præſcript. verb. ſatis notum eſt.* Præſcriptis verbis actione agit actor vt promiſſa præſtentur, placita ſeruentur. Si volet recedere à tranſactione tanquam cauſa non ſecuta, condictione agit. Ex ſtipulatu poteſt agere, ſi conuentioni ſubdita fuerit ſtipulatio. De dolo, cum dolo inductus eſt vt tranſigeret, vt reum liberaret, & accepto ferret. Et ſi ſit alia actio, de dolo non competit *l. 1. §. penult. de dol. malo*, idque alibi latius eſt expoſitum.

Azo, Accurſius, Bartolus & plerique Interpretum cenſent, ſi tranſactioni, Aquiliana ſtipulatio & pœnalis ſtipulatio ſubdita fuerit, reum ex vtraque commodum percipere. Ex Aquiliana ſtipulatione quia amplius actor non aget, cum ipſo iure actio ſit ſublata. Ex pœnali ſtipulatione, quia pœnam petet. Bulgarus autem, Albericus de Roſate, Fulgoſius, Cynus & alij cenſuerunt, reum non poſſe vtroq; commodo ſimul frui, ſed in ipſius arbitrio eſſe, vtrum pœnam exigere, vel tranſactione vti velit. Si tranſactione vult vti, actor agere non poteſt. Si mauult pœnam exigere tranſactione reſciſſa, actionem actoris excipiet. Et hæc ſententia eſt veriſsima.

Sed obijcitur.

Actio ſemel extincta, non reſuſcitatur *l. qui res 98. §. aream, de ſolution.* Sed tranſactione facta per acceptilationem, quæ fit inuento modo nouandi per Aquilianam ſtipulationem actio extinguitur. Igitur illa actio poſtea reſuſcitari non poteſt, & ſic quamuis reus pœnam petierit, tamen non excipiet actionem quæ extincta eſt. R. Actio tollitur & extinguitur acceptilatione, ſed tamen quaſi tacita voluntate eius qui pœnam eligit & petit, tranſactio reſcinditur, & actio reſtituitur. *Ita Nicolaus Ciſnerus tradidit quod omninò cum l. pacto conuento, de tranſaction. & cum noſtris propoſitionibus congruit.*

ALIVD.

Obſtat vehementer l. qui Romæ §. vltim. de verbor. obligat. Duo fratres hereditatem paternam inter ſe diuiſerunt, & conue-

nerunt.

nerunt inuicem nihil ſe contra eam diuiſionem facturos, & ſi quis contra feciſſet, alter alteri pœnam promiſit. Erant autem hi duo fratres teſtamento paterno rogati, vt qui prior ſine liberis deceſsiſſet, portionem ſuam alteri reſtitueret. Vnus mortuus eſt alijs heredibus ſcriptis. Superſtes ab heredibus ſcriptis petijt hereditatem quaſi ex cauſa fideicommiſsi ſibi à patre relicti. Heredes obiecerunt tranſactionem. Superſtes frater dixit tranſactionem ad fideicommiſſum, de quo cogitatum non fuit non pertinere. Pronunciatum fuit contra fratrem ſuperſtitem. Quæritur an pœna commiſſa eſſet. Iuriſconſultus inquit, Reſpondi, pœnam ſecundum ea quæ proponuntur eſſe commiſſam. Ecce ibi heredes defuncti fratris, vſi ſunt exceptione pacti, ſiue tranſactionis, & tamen Iuriſconſultus dicit etiam pœnam eſſe commiſſam. R. Ibi pœna fuit commiſſa, quia veriſimile eſt id actum fuiſſe inter fratres, vt rato manente pacto, pœna peteretur ab eo qui contraueniſſet tranſactioni. Et hæc ſolutio Cuiacij eſt quam Nicolaus Ciſnerus ſequitur.

ALIVD.

Arbiter iuſsit dari intra Calendas Septembres. Non eſt datum Quamuis poſtea offeratur, ſemel pœna commiſſa non euaneſcit. *l. Celſus ait, de recept. arb.* Ecce pœna petitur ibi, petitur etiam res. Ergò & hic vtrumque debet reus habere R. Pœna duplex eſt. Interdum adijcitur ad vindicandum contemptum. Interdum adijcitur vt ſit loco eius quod intereſt. Et hoc poſteriori caſu, pœna & res ſimul peti non poteſt, quando de totali intereſſe agitur. Secus ſi agatur de intereſſe particulari *l. qui Romæ. §. Callimachus, de verborum obligationibus.* Si pœnam ex ſtipulatu quis fuerit conſecutus, ipſo iure etiam ex vendito agere poteſt, ſed in id tantum quod pluris eius interfuit. Quia exceptio doli mali, bonæfidei iudicijs ineſt *l. prædia 28. de action. empt. Priori poteſt.*

ALIVD.

Obſtat l. ſi pro fure, de condiction. furtiu. Ibi pœna petitur, petitur etiam res ipſa. R. Lex illa loquitur de fure, & odio furum hoc receptum eſt vt ab eis pœna poſsit peti, & ſimul res furtiua condici.

Digitized by Google

ALIVD.

Obſtat penult. noſtra propoſitio in qua dicimus eum, contra tranſactionem venit, pœnam pactis inſertam dare, & ſimul actione priuari. Ergo reus conſequitur pœnam, vtitur etiam tranſactione. R. Quando tranſactioni iuſiurandum adijcitur, tunc pœna patitur & tranſactioni nihilominus ſtandum eſt. *Idq; ius nouum eſt ex l. ſi quis maior. C. de tranſaction.* Et habet iuramentum vim clauſulæ rato manente pacto *vt Bartolus & alij notârunt in l. ſi quis maior. C. de tranſaction.*

X X. Theſis.

Deniq́ue qui tranſactionem iuratam violat, infamia notatur, actione priuatur, pœnam pactis inſertam reſtituit, rerum proprietate & emolumento, quod ex pactione vel tranſactione illa fuerit conſecutus, caret, eaq́ue omnia eorum mox commodo deputantur, qui intemerata pacti iura ſeruauerint.

XXI.

Nec diſtinguimus, ſiue per DEVM iuratum fuerit ſiue per ſalutem Principum, quamuis hoc poſteriori iurandi modo, hodiè non vtimur.

Iuramentum, minorem facit maiorem. Ergo hæc lex non tantum in maiore 25. annis locum habet ſed etiam in minore iurante. R. Quod iuramentum, minorem facit maiorem fit per interpretationem. Et ideò cum hæc lex de maiori in ſpecie loquitur, propriè intelligenda eſt, nec habebit locum etiam in minore iurante. *Ita communiter Dd. ſentiunt.*

DISPV-

Digitized by Google

DISPVTATIO DE IVRE EMPHYTEVTICO.

Cuius propoſitiones pro licentia in Pontificio & Ciuili iure conſequenda, defendet

IOHANNES HILDEBRANDT.

Theſis I.

EMphyteuſis inſitionem atque implantationem ſignificat, ἀπὸ τῦ ἐμφυτεύειν, quod inſerere atque implantare eſt. Itaque Emphyteuticus contractus ab inſitione atque implantatione, vtpotè præcipua ac principaliori agriculturæ parte, nomen ſortitus eſt. Vnde quoque noſtro idiomate haud inconuenienter Bawrecht dici poſſe videtur. Quamuis vulgò Erbzins appellari conſueuerit.

II.

Eſt autem Emphyteuſis contractus iuris ciuilis, quo dominus prædium vtendum fruendum Emphyteuticario concedit, ea lege, vt id melius & cultius reddat, & certam annuam penſionem, in dominij recognitionem, ipſi domino præſtet.

ARGVMENTVM I.

Dicimus in ſecunda propoſitione Emphyteuſin eſſe contractum iuris ciuilis. Contra. Quæ iuris ciuilis ſunt, ijs ſoli Romani ciues vtuntur non alij. Sed contractu Emphyteutico non vtuntur ſoli ciues Romani ſed älij quoque populi. Sequitur igitur contractum Emphyteuticum iuris ciuilis non eſſe. Maior probatur.

Teſtamenti factio eſt iuris ciuilis, & ideò ſoli ciues Romani teſtamenti factionem habent. Soli quoque ciues Romani, ex teſtamentis capere poſſunt quemadmodum lex Falcidia indicat *in l. 1. ad l. Falcid. Ait lex, quicunq; ciuis Romanus poſt hanc legem rogatam teſtamentum faciet, is quantam cuiq; ciui Romano pecuniam dare legare &c. volet.* Sic patria poteſtas eſt iuris ciuilis & nulli alij ſunt homines qui talem habeant in liberos poteſtatem qualem nos habemus, *vt loquitur Imperator Iuſtinianus in §. ius autem poteſtatis Inſtitut. de patria poteſtate.* Sic ſoli ciues Romani iuſtas inter ſe contrahebant nuptias, *vt dicitur in Inſtitut. tit. de nuptijs.* Sic ſoli ciues Romani, toga vtebantur *l. ſed ſi accepto, de iure fiſci*, nec ſine crimine aliam Romano homini vel in media Aſia veſtem ſumere licebat. Itaque cum Rabirio Poſtumo quod palliatus fuiſſet, ab aduerſarijs obiectum eſſet, accuratam in eo facto purgando orationem Cicero conſumit. Minor probatur *per §. adeò Inſtit. de location. & conduction.* ex illo §. conſtat, hoc genere negocij ſemper homines vſos fuiſſe, etiam ante tempora Zenonis. R. Primum ad maiorem. Maior non eſt vera. Nec enim ſoli ciues Romani vtuntur ijs, quæ iuris Ciuilis ſunt. Apparet hoc inde quod matrimonium contrahunt, etiam illi qui non ſunt ciues Romani. Sic teſtamentum faciunt etiam illi qui Imperio Romano ſubditi non ſunt. Non igitur verè poſſumus dicere, quod ſoli ciues Romani vtantur ijs quæ iuris ciuilis ſunt. Sed hoc rectè dicimus, ſolos ciues Romanos vti ijs quæ iuris ciuilis ſunt illa forma adhibita, quam ius ciuile præſcripſit. Vt ciues Romani faciunt teſtamentum ſeptem adhibitis teſtibus, & quidem teſtes ij nominatim ad hoc rogari debent, debent quoque ſigna ſua apponere & ſe ſubſcribere. Hac forma alij populi non faciunt teſtamentum, & ideò iuris ciuilis eſt teſtamentum. Sic matrimonium deſiderat hanc formam vt maſculi ſint puberes, fœminæ viripotentes, & vt adhibeatur conſenſus parentum quorum in poteſtate ſunt qui coëunt. Erat quoque domum ducenda mulier quæ nubebat, eaque deductio fiebat veſperi à tribus pueris prætextatis, patrimis & matrimis. Præferebantur faces quinque. *Ouidius.*

At

At mihi nec Iuno, nec Hymen ſed triſtis Erynnis,
Prætulit infauſtas ſanguinolenta faces.

In domo mulier aqua & igni excipiebatur *l. penult. de donation. inter vir. & vxor.* *Ouidius.*

An quod in his vita cauſa eſt, hac perdidit vxor,
His noua fit coniunx, hæc duo magna putant.

Hac forma, hac ſolennitate alij populi vſi non ſunt in matrimonio contrahendo. Igitur matrimonium dicitur eſſe iuris Ciuilis. Sic patria poteſtas apud Romanos hoc habet, quod pater olim ius vitæ & necis in filium habuit *l. in ſuis. §. final. de liber. & poſthum.* Hodiè etiam pater filium ſanguinolentum poteſt vendere, *l. 2. C. de patribus qui filios diſtrax.* Sic ratione patriæ poteſtatis, filius quicquid acquirit, id confeſtim patri ſuo acquirit, *l. placet, de acquir, hered.* Hæc & ſimilia quæ patriæ poteſtatis ſunt, reliqui populi in liberos ſuos non habuerunt. Ideò patria poteſtas eſt iuris ciuilis. Et notanter Iuſtinianus inquit. Ius poteſtatis quod in liberos habemus, proprium eſt ciuium Romanorum. Nulli enim alij ſunt homines qui talem in liberos habeant poteſtatem qualem nos habemus. Notentur verba, talem qualem nos habemus, ijs igitur quæ iuris ciuilis ſunt, ſoli ciues Romani non vtuntur, quod ad vſum ipſum attinet, ſed quod ad formam, modum aut ſolennitatem attinet, quam ius ciuile addidit ijs quæ iuris ciuilis ſunt, ſoli ciues Romani ijs vtuntur, eo modo, ea forma, ea ſolennitate quam ius ciuile præſcripſit.

Nunc ad minorem. Sed contractu Emphyteutico alij populi etiam vtuntur, concedo quoad ſolum vſum. Sed non vtuntur ea forma quam ius ciuile præſcripſit. Iure enim ciuili requiritur ſcripura in contractu Emphyteutico. Hanc non adhibent alij populi. Deinde alij populi vtuntur quidem hoc genere negocij, quod prædia ſua alijs colenda concedunt ſub penſione, ſed non habent hoc genus negocij pro proprio & ſpeciali contractu, ſed vel pro emptione & venditione, vel pro locatione & conductione. *d. §. adeò Inſtitut. de location. & conduction.* At ciues Romani ex Zenonis conſtitutione, hoc genus negocij pro proprio

&

& ſpeciali contractu habent. Igitur iuris ciuilis eſt contractus Emphyteuſis.

A L I V D.

Dicimus in definitione, dominum prædia ſua in Emphyteuſin dare. Contra. Solæ ciuitates & municipia prædia ſua in Emphyteuſin dant, *l. 1. ſi ager vectigalis &c. l. ſi domus. §. vltim. de legat. 1. l ſi finita. §. ſi de vectigalibus, de damno infecto.* R. Propriè conſtituitur Emphyteuſis in agris ſiue prædijs ciuitatum, vt dictæ leges oſtendunt. Sed quia ciuitates priuatorum loco habentur, *l. eum qui vectigal. de V. S.* ideò receptum eſt vt etiam in prædijs priuatorum Emphyteuſis conſtituatur, & idcirco dicimus in definitione, quod dominus &c.

A L I V D.

In definitione dicimus prædia in Emphyteuſin dari. Contra. Non tantum prædia in Emphyteuſin dantur ſed etiam aliæ res. Igitur malè dicimus, de prædijs tantum. R. Prædium non tantum ſignificat agros vel hortos ſed quamcunque rem immobilem. Hinc prædia, alia vrbana dicuntur, alia ruſtica, & inde ratione prædiorum, ſeruitutes quoque aliæ vrbanæ appellantur, aliæ ruſticæ. Et prædium generale nomen eſt *l. quæſtio, de V. S.*

A L I V D.

Dicimus in definitione, Emphyteutam in prædio Emphyteutico vſumfructum habere. Contra. Vſusfructus morte vſufructuarij finitur. *§. final. Inſtit. de vſufructu.* Sed Emphyteuſis non finitur morte Emphyteutæ. Igitur Emphyteuta non habet vſumfructum. R. Interpp. communiter ſentiunt, quod Emphyteuta vtile dominium in prædio Emphyteutico habeat. Sic vaſallum dicunt in feudo vtile dominium habere. Et Claudius Seyſſellus in ſpeculo ſuo feudorum nominatim tradit, definitionem feudi propoſitam in c. vnico, in quibus cauſis feudum amittatur, eſſe ruſticam & non elegantem definitionem. Sed rectè ibi definitur feudum, quod ſit beneficium quod ita datur &c. vt proprietas apud dominum maneat, vſusfructus in accipientem tranſeat. Etenim nullum eſt dominium, quod vtile dicatur. Priſcis temporibus quidem duplex dominium fuit, naturale quod in bonis diceba-

Digitized by Google

dicebatur & Ciuile ſiue legitimum quod dicebatur ex iure Quiritum. In bonis tantum rem habebat, cui tradita res erat, neque tamen mancipata. neque in iure ceſſa, & qui eam rem etiam non vſuceperat. Ex iure Quiritum dominus quis fiebat mancipatione, in iure ceſsione & vſucapione. *Vlpian. in fragment. tit. 1. & rurſus tit. 19. Theophil. in tit. de libertinis, Boëtius in Topicis Cicer.* Et hoc dominium legitimum ſibi aſſerebat is qui vindicabat hâc formula vulgata. Hunc ego hominem ex iure Quiritum, meum eſſe aio. Hinc illa iudicis dati formula *apud Ciceron. in 4. Verrin.* Si paret fundum Capenatem quo de agitur, ex iure Quiritum P. Seruilij eſſe. Hodiè ex conſtitutione Iuſtiniani hæc ſubtilis dominiorum diſtinctio eſt ſublata *per l. vnic. C. de nudo iure Quiritum tollend.* atque ita vnum duntaxat dominium ſupereſt Ciuile ſiue legitimum. Hoc vulgò diuidunt in directum & vtile, quæ diſtinctio magno errore introducta eſt *vt Cuiacius loquitur lib. 11. obſ. c. 35.* & magiſtrorum eſt non iuris *Coſtal. in l. 1. ſi ager vectigal.* nec apud veteres vſquam legitur ſed à Dd. eſt conficta *Duar. in 1. anniuerſar. diſput. c. 17.* & contra veterum loquendi vſum, ab Interpp. noſtræ ætati propioribus eſt vſurpata. *Eguinarius Baro lib. 4. de benefic. c. 7.* propter actiones ſcilicet directas & vtiles, quæ dominis dantur, & ijs qui vſumfructum habent. Pone Titius vſumfructum prædij ſui Sempronio conceſsit ea lege vt prædium melius & cultius redderet & certam annuam penſionem præſtaret. Hoc caſu Titius dominus prædij manet, & Sempronius vſufructuarius conſtituitur ac proprio nomine Emphyteuta appellatur. Ac datur Titio, prædij ſui nomine, actio directa, Sempronio actio vtilis. Et Sempronius qui prædium Emphyteutico iure tenet, interdum abſolutè dominus dicitur, *vt in l. poſſeſſores in fin. C. de fundis patrim. lib. 11.* non propriè ſed *καταχρηστικῶς l. 1. ſi ager vectigal. peta.* Sic cum Titius, prædium ſuum Sempronio concedit, ea lege, vt Sempronius fidem ſibi præſtet & ſeruitia exhibeat, Titius dominium prædij retinet, & Sempronius duntaxat conſequitur vſumfructum, & proprio nomine feudatarius appellatur, & competit Titio actio directa, Sempronio vtilis *c. vnic. §. rei autem, in illis verbis, quaſi vindicare, de inueſtitur. de re alien. facta.* Dicitur quoque feudatarius quandoque dominus, ſed abuſiuè &

Digitized by Google

impropriè *d. c. vnic. ibi tanquam dominus.* Quia verò vnius eiuſdemque rei, duo in ſolidum domini eſſe non poſſunt *l. 5. §. final. commodat.* ob id Interpp. duplex dominium conſtituerunt, & vnum directum, ab actione directa, alterum vtile, ab actione vtili vocarunt. Ex his relinquitur, nullum eſſe vtile dominium, nullum directum.

Nunc ad propoſitum argumentum reſpondebo. Vſusfructus morte vſufructuarij finitur. Hoc in tantum verum eſt, vt procedat etiamſi dictum fuerit vſumfructum ad heredes tranſire debere. Nam hoc quoque caſu, primo herede mortuo, extinguitur vſusfructus *l. antiquitas. C. de vſufr.* quamuis aliàs heredis appellatio non ſolum ad proximum heredem, ſed & ad alios vlteriores pertineat *l. heredis appellat. l. ſciendũ de V. S.* Ideò verò finitur vſus fructus morte vſufructuarij, ne in perpetuũ inutilis ſit proprietas, ſemper abſcedente vſufructu. *§. ne tamen Inſtit. de vſufr. d. l. antiquitas. C. Eod.* Nunc ad minorē. Emphyteuſis non finitur morte Emphyteutæ, idcircò quia hic ceſſat ratio propter quam vſusfructus morte vſufructuarij extinguitur. Licet enim in perpetuum vſusfructus apud Emphyteutam ſit, tamen proprietas non vtilis, quia prædium in Emphyteuſin datur ſub duabus legibus. Primum, ſub lege meliorationis, vt Emphyteuta prædium melius & cultius reddat. Deinde ſub hac lege vt Emphyteuta domino certam annuam penſionem ſoluat. Sic licet feudum ad vaſalli heredes tranſeat, tamen non eſt proprietas inutilis. Nam vaſallus domino fidem, militiæ munera, aliaque ſeruitia certa vel incerta præſtare cogitur. Emphyteuta itaque & vaſallus, vſufructuarij ſunt eo non obſtante quod Emphyteuſis & feudum ad heredes Emphyteutæ & vaſalli in perpetuum pertinent.

ALIVD.

Dictum eſt Emphyteutam, vſufructuarium eſſe, non vtilem dominum. Rurſus ego ita inſto. Ius, quod Emphyteuta habet, Emphyteuſis dicitur non vſusfructus. Igitur Emphyteuta, non eſt vſufructuarius. R. Emphyteuta vſufructuarius eſt, & ius quod habet, nihil aliud eſt quam vſusfructus. Dicitur verò hic vſusfructus, Emphyteuſis, quia ex conuentione contrahen-

hentium, peculiarem formam accepit, quæ à natura vſusfructus nonnihil diſceſſit, & ideò nouam appellationem ſumpſit, & Emphyteuſis dicitur. Idemque in feudo obtinet. Sic hypotheca & antichriſis pignora ſunt *l. ſi tibi decem. §. de pignore, de pact. l. ſi pecuniam de pignorat. action.* quæ tamen propter diuerſas conuentiones, diuerſas appellationes ſortiuntur. Hypotheca eſt pignus quod nuda conuentione conſtituitur. Antichriſis eſt pignus ita datum vt donec pecunia ſoluatur, pignore creditor vtatur fruatur in vicem vſurarum.

ALIVD.

Emphyteuta dominus appellatur prædij emphyteutici *l. poſſeſſores. C. de fund. patrimon. lib. 11.* Igitur dominium habet non vſumfructum. Reſpon. Quod Emphyteuta dominus dicitur quandoque hoc fit, καταχρηστικῶς id eſt, impropriè, dominus enim non eſt *vt dicit Iuriſconſultus in l. 1. in fin. ſi ager vectigal. &c.* Deinde Emphyteuta dicitur dominus poſſeſſionis ſcilicet, non proprietatis. Eſt enim duplex dominium proprietatis & poſſeſſionis *l. 2. & 4. C. de probation.* Sic quod dicitur *in l. 1. de bonor. poſſeſſ.* bonorum poſſeſſionem, dominium tribuere, hoc de dominio poſſeſſionis accipiendum eſt. Item quod dicitur *in l. 1. de fundo dotal.* eum dominum eſſe quem Prætor poſſidere iuſsit, hoc itidem de dominio poſſeſſionis eſt intelligendum.

ALIVD.

In l. ſi mater. §. eandem cauſam, de exception. rei iudicat. dicitur qualecunque dominium, vindicatione in iudicium deduci poſſe. Igitur non eſt vnum dominium, ſed verba illa de directo & vtili dominio accipi debent. R. Verba qualecunque dominium, hoc ſignificant, ſiue dominium in bonis ſit, ſiue ex iure Quiritum. *Cujacius in 11. obſeru. c. 35.*

ALIVD.

Diximus Emphyteutam, dominium rei Emphyteuticæ non habere, ſed tantũ vſumfructum Contra ita inſto. Qui aliquid alienat,

dominium à ſe in accipientem transfert. Alienationis enim verbum ſignificat omnem actum per quem dominium transfertur *l. 1. C. de fund. dotal.* Sed qui prædia ſua in Emphyteuſin dat, prædia alienat. *l. vltim. C. de rebus alienis non alienand.* Ergò dominium prædiorum à ſe in accipientem transfert. R. Alienationis verbum quandoque latè ſumitur pro quocunque actu per quem dominium transfertur *d. l. 1. C. de fund dotal.* Interdum ſumitur alienatio pro venditione tantum *vt in l. 1. C. de iure Emphyteut. & l. 3. C. Eod.* Interdum ſumitur alienatio, pro translatione vſusfructus *d. l. final. C. de reb. alien. non alienand.* Et ita Emphyteuſis eſt alienatio, hoc eſt dominus prædiorum vſumfructum in accipientem transfert.

A L I V D.

Dicimus Emphyteuticarium eſſe vſufructuarium. Obſtat d. l. vltim. C. de reb. alien. non alienand. Ibi res quæ in Emphyteuſin dantur diſtinguuntur à rebus quarum vſusfructus conceditur. Igitur videtur dicendum quod per dationem in Emphyteuſin, Emphyteuta vſumfructum non conſequatur. R. Sicuti hypotheca & antichriſis quæ nihil aliud ſunt quàm pignus, à pignore diſtinguuntur propter legem ſiue formam diuerſam quam ex conuentione partium acceperunt, ita Emphyteuſis propter diuerſã formam diſtinguitur ab vſufructu, *in d. l. final. C. de reb. alien. non alienand.*

A L I V D.

Vſufructuarius poteſt ius ſuum, quod in prædio habet, alteri vendere. *§ 1. inſtit. de vſu & habitat*: Sed Emphyteuta ius ſuum Emphyteuticum non poteſt vendere. Ergo Emphyteuta non habet vſumfructum. R. Emphyteuta vſumfructum habet, ſed eum vendere non poteſt inſcio domino, quia id videtur actum inter dominum & Emphyteutam. Et ſicuti mandatum ex pacto naturam ſuam excedere poteſt *vt dicitur in l. 5. §. ſed ſi facio vt facias, de præſcript. verb.* & propter pactum plenius fit *vt dicitur in l. 1. §. quod ſi rem tibi dedi, ibi, quia plenius fuit mandatum, depoſit.* ita vſusfructus quem Emphyteuta habet, ex pacto naturam ſuam excedit, & propter pactum plenior fit, & alienari ab Emphyteuta pro ſuo arbitrio non poteſt.

A L I V D.

Digitized by Google

A L I V D.

Definitio vitioſa videtur quia congruit libellariæ & precariæ. R. Hoc falſum eſt vt patet ex definitionibus inter ſe collatis. Libellaria enim contractus eſt, quo ſcriptura interueniente res alicui venditur certo precio, & hoc amplius certa penſione conſtituta in annos ſingulos, hac plerumque lege adiecta, vt ſtato condictoque tempore contractus remouetur, rurſus numerato precio certo vel arbitrario. *Iuſtinian. in Nouell. 7. ius* μιϲϑικὸν *appellat.* Precaria eſt contractus quo rei immobilis vſusfructus clerico ceditur, ad tempus vel dum vixerit, ea lege, vt Eccleſiæ miniſterium ſuum exhibeat vel eſt contractus quo rei immobilis vſusfructus ei ceditur qui Eccleſiæ rem ſuam donauit, aut liberis eius vel in ea re ſola, vel in alijs rebus Eccleſiæ ad tempus certum, vel in tempus vitæ donatoris tantum, vel etiam filiorum eius. His definitionibus collatis cum definitione Emphyteuſeos facilè apparebit, noſtram definitionem diuerſam eſſe ab illis &c.

A L I V D.

In Emphyteuſi ab initio certa quantitas præſtatur. *Bartol. in l. 1. C. de iur. Emphyt.* & hoc eſt de ſubſtantia & forma contractus Emphyteutici, eaque communis eſt opinio *vt dicit Albericus in d. l. 1. C. de iure Emphyteut.* Sed hoc nos omiſimus in definitione. Ergò eſt vitioſa. R. De eo Dd. inter ſe controuertunt, vtrum de neceſsitate requiratur quod à principio præſtetur certa quantitas. Sed communior eſt opinio, certæ quantitatis præſtationem in initio neceſſariam non eſſe, niſi fortè contractus, renouetur. *Iulius Clarus in §. Emphyteuſis 3. quæſtione &c.*

III. Theſis.

Diuiditur Emphyteuſis in Ciuilem & Eccleſiaſticam. Ciuilis dicitur, quando vniuerſitas aliqua vel etiam priuatus quiſpiam, rem ſuam propriam immobilem in Emphyteuſin concedit. Eccleſiaſtica, quando res Eccleſiæ aliarumúe domuum & Collegiorum venerabilium immobilis, ab Oeconomo, alijsúe adminiſtratoribus, cum

cauſæ cognitione, expediat Eccleſiæ, nec ne, in Emphyteuſin datur.

ARGVMENTVM.

Dicimus in tertia propoſitione res Eccleſiarum in Emphyteuſin dari poſſe. Contra ita argumentor. Res Eccleſiarum alienari non poſſunt, niſi in caſu redemptionis captiuorum. *§. ſacra Inſtitut. de rer. diuiſ.* Excipitur caſus redemptionis captiuorum, quia animæ hominum quibuslibet rebus pretioſiores ſunt, *l. ſancimus. C. de SS. Eccleſ.* Hinc *Acbatius apud Socratem lib. 7. c. 21.* cum multi Chriſtiani capti eſſent, ſuaſit, omnia vaſa ſacra alienari, hac vſus ratione, quod DEVS neque vaſis neque poculis indigeret quia neque biberet neque ederet. Sed datio in Emphyteuſin, eſt alienatio, *l. fin. C. de rebus alien. non alienand.* Sequitur igitur res Eccleſiarum in Emphyteuſin non poſſe dari. R. Verum eſt quod res Eccleſiarum, alienari non poſſunt *Nouell. 7. de non alienand. rebus Eccleſiaſticis immobilibus.* Et ibi Imperator docet, quid alienationis verbo comprehendatur.

Alienationis, inquit, verbum generale ideò poſuimus, vt prohibeamus venditionem, donationem, permutationem, & in perpetuum extenſam Emphyteuſin. Non comprehenditur itaque alienationis verbo, datio in Emphyteuſin, quæ fit ad certum tempus vel ad generationem certam. Reliquæ alienationes prohibentur ſub grauiſsima pœna *de qua in d. Nouella 7.*

IV. Theſis.

Conſtituitur Emphyteuſis conſenſu contrahentium, ſcriptura interueniente. Ad ſubſtantiam namque contractus Emphyteutici requiritur, vt in ſcriptis fiat: nec abſque ſcriptura, niſi conſuetudine fortè loci alicuius aliud introductum ſit, celebrari Emphyteuſis poteſt, vt communior Interpp. ſententia habet.

V.

Et quidem vel ſimpliciter, vel ad certum tempus, vel

Digitized by Google

ad generationem certam, vel denique in perpetuum, conſtitui poteſt.

ARGVMENTVM I.

Aſſerimus ad ſubſtantiam contractus Emphyteutici pertinere ſcripturam. Contra ita arguo. Scriptura fit vt quod actum eſt per eam facilius probetur, & ſine ea valet quod actum eſt ſi aliunde habeat probationem *l. 4. de pignorib. & hypoth.* Igitur ſcriptura ad contractum Emphyteuticum non eſt neceſſaria. R. Sine ſcriptura valet quod actum eſt, niſi ſcriptura neceſſariò requiratur ad contractum, vt fit in contractu Emphyteutico.

ALIVD.

Quando contractus in ſcriptis conficitur, neceſſe eſt, vt partes ſe ſubſcribant, & vt inſtrumentū in mundum redigatur *l. contractus, C. de fide inſtrum.* Sed in contractu Emphyteutico non requiritur partium ſubſcriptio, non requiritur etiam vt inſtrumentum in mundum recipiatur. Ergò ſcriptura in contractu Emphyteutico neceſſaria non eſt. R. Maior propoſitio loquitur in illo caſu quando inter partes conuenit, vt contractus qui aliàs ſine ſcriptura fieri poteſt, in ſcriptis fiat. Hoc caſu requiritur partium ſubſcriptio, hoc caſu requiritur vt inſtrumentum in mundum redigatur. At quando contractus ab initio, ad ſui validitatem requirit ſcripturam, tunc ea ſufficit nec neceſſaria ſunt illa requiſita, *de quibus in d. l. contractus. C. de fide inſtrumentor.*

ALIVD.

Dicimus conſuetudine induci poſſe, ne ſcriptura in contractu Emphyteutico adhibeatur. Contra. Solemnitates requiſitæ in alienatione rerum Eccleſiaſticarum non poſſunt Conſuetudine tolli vel minui. *Iulius Clarus in §. Emphyteuſis quæſt. 28.* Sed Emphyteuſis alienatio eſt, in eaque requiritur hæc ſolemnitas vt ſcriptura intercedente fiat. Igitur videtur dicendum quod hæc ſolemnitas conſuetudine non poſſit tolli R. Maior. procedit in totali alienatione, ſecus eſt in conceſſione Emphyteutica. Emphyteuſis alienatio quidem dicitur, ſed largo modo quia Eccleſia dominium retinet, & alienatum non propriè dicitur, quod adhuc in dominio alienantis manet *l. alienatum. de V.S.*

Si

VI. Theſis.

Si Emphyteuſis ſimpliciter, & nulla heredum facta mentione, conſtituta fuerit, non modò ad Emphyteùtæ filios filiaſúe, nepotes, nepteſúe, reliquoſq́; deſcendentes: Verum etiam ad extraneos ipſius heredes tranſit; ſi ciuilis fuerit. Si Eccleſiaſtica ad ſolam percipientium ſtat vitam: niſi filios filiaſúe, nepotes nepteſúe, habuerint.

VII.

Emphyteuſis Ciuilis ad certum tempus conceſſa, tam ad heredes deſcendentes, quàm ad extraneos, vſque ad præfinitum annorum numerum, tranſit. Eccleſiaſtica ad certum tempus conſtituta ad accipientem, eiuſque filios & nepotes reſtringitur.

VIII.

Emphyteuſis ad certam generationem conſtituta, ex ipſius conceſſionis tenore, non ad extraneos, ſed ad ſolos deſcendentes, vſque ad generationem in conceſſione expreſſam, tranſit.

IX.

Et in huiuſmodi conceſſione, ipſius accipientis perſona nunquam computatur: Sed filius filiaúe primam, nepos neptiſúe ſecundam, pronepos proneptiſúe tertiam, ac ſic deinceps generationem conſtituunt. Impoſſibile namque per naturam eſt, vt quis ſeipſum generet.

X.

Eccleſiaſtica Emphyteuſis ſemper in ſecunda generatione: cum vltra nepotes nepteſúe accipientis non extendatur.

XI.

Emphyteuſis ciuilis in perpetuum conceſſa, ſiquidem Emphyteuta pro ſe & filijs ſuis eam accepit, ad ſolos deſcendentes pertinet. Si pro ſe & ſuis heredibus, ad deſcen-

Digitized by Google

ſcendentes & ad extraneos: Si pro ſe & filijs heredibus, ad filios ita demum pertinet, ſi heredes extiterint.

ARGVMENTVM I.

In ſexta propoſitione dicimus, Emphyteuſin Eccleſiaſticam, ſimpliciter conſtitutam ad deſcendentes pertinere. Obſtat Nouell. conſt.t. 7. de non alienand aut permutand. rebus Eccleſiaſticis immobilibus. In illa Nouella Iuſtinianus conſtituit vt Emphyteuſis Eccleſiaſtica ad ſolos filios filiaſúe, nepotes nepteſúe pertineat, nec vlterius extendatur. Igitur malè nos dicimus ad deſcendentes Emphyteuſin Eccleſiaſticam pertinere. R. Quod conſtituitur *in Nouella Conſtitut. 7.* hoc poſtea mutatur *à Iuſtiniano in Nouell. 120. de alienatione & Emphyteuſi rerum Eccleſiaſtic.* In illa Nouella primum Iuſtinianus prohibet Emphyteuſin perpetuam rerum Eccleſiaſticarum, maiori Eccleſiæ Conſtantinopolitanæ, & religioſis locis quæ ſunt in vrbe vel in territorio eius. Reliquis autem Eccleſijs omnibus & venerabilibus domibus concedit Emphyteuſin perpetuam, atque ita Nouella conſtitut. 7. in ea parte mutatur. Atque ita quod Emphyteuſis vltra filios & nepotes accipientis extendatur, communiter Dd. ſentiunt, *vt Iulius Clarus refert in §. Emphyteuſis, quaſtion. 6. n. 3.*

ALIVD.

In ſexta propoſitione dicimus, Emphyteuſin Eccleſiaſticam ad ſolos deſcendentes pertinere non ad extraneos. Contra ita argumentor. Sine lege nihil aſſeuerandum eſt, & erubeſcimus ſine lege loqui. *§. conſideremus in Auth. de triente & ſemiſſ.* Sed nuſquam eſt traditum quod Emphyteuſis Eccleſiaſtica ad ſolos deſcendentes pertineat. Igitur malè facimus quod nos hoc aſſerimus. R. Nego minorem. Nam quod Emphyteuſis Eccleſiaſtica, ad ſolos deſcendentes pertineat, *traditum eſt in Nouella Conſtitut. 7. Ibi Iuſtinianus apertè conſtituit, vt ad filios & filias, nepotes ac neptes, Emphyteuſis pertineat.* Et quamuis poſtea *in Nouella 120.* in perpetuum Emphyteuſin admittat, & in eo d. Nouellam 7 corrigat: tamen hoc non corrigit vt ad ſolos deſcendentes tranſeat, ideoq; eo iure etiam nunc hodiè vtimur, idque notandum eſt, *propter*

Iulium Clarum, qui in §. Emphyteoſis quæſtion. 28. n. 7. ſcribit, ſe non videre quomodo Dd. probent, quod Emphyteuſis Eccleſiaſtica, non ſit tranſitoria ad extraneos heredes.

ALIVD.

Dicimus Emphyteuſin Eccleſiaſticam in perpetuum poſſe conſtitui. Obſtat c. nulli, de rebus Eccleſ. non alienand. Ibi Pontifex mandat, ne res Eccleſiæ in perpetuam Emphyteuſin dentur. Imò in c. hoc conſultiſsimo, de rebus Eccleſ. non alienand. in 6. vetat ne res Eccleſiarum in Emphyteuſin concedantur. R. Pontifex prohibet res Eccleſiarum in perpetuam Emphyteuſin dari, ſine debitis ſolemnitatibus, *de quibus in c. ſine exceptione, 12. quæſtion. 2.* Et quod ita decreta Pontificum ſint exaudienda, patet ex eo, quod Pontifex *in d. c.* prohibet alienationem rerum Eccleſiaſticarum. At hoc tantum eſt intelligendum de alienatione quæ fit debitis ſolemnitatibus non interuenientibus. Res enim Eccleſiæ interuenientibus debitis ſolemnitatibus rectè alienantur.

ALIVD.

Diximus ſuprà ex Nouella conſtitutione 7. hoc probari, quod Emphyteuſis Eccleſiaſtica ad heredes extraneos non tranſeat. Contra ita inſtatur. Diſpoſitio Principis ſecularis, circa res Eccleſiaſticas, etiamſi ſit Eccleſiæ fauorabilis, non attenditur, *vt eſt indubitata & communis omnium Dd. opinio in c. Eccleſia S. Mariæ, extra, de conſtitution. Ibi communiter concluditur quod totus titulus. C. de SS. Eccleſijs, & de Epiſcop. & Cleric. eſt nullus ex quo diſponit circa perſonas & res Eccleſiaſticas, in quib. Imperator nullam habet poteſtatem.* Sed d. Nou. 7. eſt diſpoſitio Imperialis. Ergo &c. R. Maior communiter quidem à Dd. probatur, ſed in noſtris Eccleſijs illam non recipimus. Principes enim ſeculares circa res Eccleſiaſticas diſponunt.

ALIVD.

A communi opinione in iudicando, & conſulendo non eſt recedendum, per iura vulgata. Sed hæc eſt communis opinio Dd. quod Emphyteuſis Eccleſiaſtica tranſit ad extraneos quoq; heredes. *Iulius Clarus in §. Emphyteoſis quæſtion. 27. n. 6.* Ergò ab hac opinione non eſt recedendum. R. Nego minorem, quod hæc ſit communis

munis opinio, quod emphyteuſi ſimpliciter conceſſa, ea ad extraneos tranſire debeat. Nam Dd. loquuntur in illo caſu quando Emphyteuſis conceditur alicui pro ſe & ſuis heredibus. Hic communiter ſentiunt Dd. quod non tranſeat Emphyteuſis ad extraneos, atq; ita Collegium Papienſe conſuluit in facti contingentia vt Iulius Clarus refert. Sunt multi qui in hoc articulo contrarium tenent & refert Matthæus de Afflict. *in deciſion. Neapolitan. deciſion. 386.* quod vidit in conſilio regis Ferdinandi primi iudicatum, quod emphyteuſis Eccleſiaſtica ſolemniter conceſſa pro ſe & heredibus, tranſiret ad heredem extraneum inſtitutum in teſtamento. Sed prior opinio communiori Interpp. calculo recepta eſt vt multis Iulius Clarus affirmat. Sed quod Emphyteuſis ſimpliciter conceſſa, non tranſeat ad extraneos, in eo non diſſentiunt Dd.

ALIVD.

Res Eccleſiaſtica, cum debitis ſolemnitatibus alienata, tranſit ad extraneos heredes. Ergò res quoq; Eccleſiaſtica cum debitis ſolemnitatibus in Emphyteuſin conceſſa, ad extraneos heredes tranſibit. R. Res cum debitis ſolemnitatibus alienata, ad extraneos tranſit, quia id nuſquam inuenitur prohibitum. Sed res in Emphyteuſin data cum debitis ſolemnitatibus ad extraneos non tranſit, quia id prohibitum eſt in d. Nouella conſtit. 7. Ratio ſi quæratur, hæc reddi poterit. Res alienata, eo animo alienatur, ne redeat ad Eccleſiam. Res in Emphyteuſin data, alienatur vt quandoq; tamen vſusfructus ad Eccleſiam reuertatur. Hoc non fieret ſi Emphyteuſis ad extraneos tranſiret. Ergo &c.

ALIVD.

In nona propoſitione dicimus, quod in conceſsione facta ad certam generationẽ, accipientis perſona non computatur. Contrarium ab Accurſio traditũ eſt in §. adeò autem ſuper verbis, auferre liceat, Inſtit. de location. & conduction. Ibi Accurſius ex Nouella conſtitutione 7. tradit, quod emphyteuſis tranſit in tertiam generationem, quia accipiens rem Eccleſiaſticam in Emphyteuſin illam habet, & ab accipiente tranſit ad filios & filias, itemque ad nepotes & neptes. Hoc Bartolus ſequitur in Nouella conſtit. 7. in §. alienationis, circa finem. Ergò malè nos dicimus, accipientis perſonam in huiuſmodi conceſsione non numerari.

Digitized by Google

R. Nos rectè. Accurſius, Bartolus & reliqui malè. Ratio, quia nemo ſeipſum generat.

ALIVD.

In vndecima propoſitione dicimus emphyteuſin acceptam pro ſe & filijs, ad deſcendentes pertinere. Contra. Filius dicitur qui ex viro & vxore eius naſcitur, *l. filium de his, qui ſunt ſui vel alien. iur.* Ergo Emphyteuſis alicui conceſſa & filijs ipſius, ad deſcendentes omnes non pertinet. R. Propriè filius dicitur, qui ex viro & vxore eius naſcitur. Sed largo modo ſumpto vocabulo, filij appellatione omnes liberos intelligimus, *l. filij appellatione 84. de Verbor. ſignificatione. l. liberorum. §. final. Eod. Ibi eleganter Iuriſconſultus inquit, filiorum appellatione, omnes qui ex nobis deſcendunt, continentur. Nec enim dulciori nomine poſſumus nepotes noſtros quàm filij appellare. Etenim idcircò filios filiaſq; concipimus atq; edimus, vt ex prole eorum earumúe, diuturnitatis nobis memoriam in æuum relinquamus.* Sic in beneficijs Principum itemque in feudis filiorum appellatione nepotes continentur, *vt prolixè traditum eſt ab Antonio Gabrielio Romano lib. 6. commun. concluſ. titul. de verbor. ſignific. concluſion. 1. Vide Iaſonem in l. de quibus, de legibus. ibi docet quod feudo conceſſo alicui pro ſe & ſuis filijs, intelligatur facta conceßio, de omnibus deſcendentibus.*

XII. Theſis.

Contractu emphyteutico perfecto & abſoluto, omnia quæ inter contrahentes, ſuper omnibus, vel etiam fortuitis caſibus, pactionibus, ſcriptura interueniente, placuerint, firma illibataque perpetua ſtabilitate, modis omnibus, cuſtodienda ſunt.

XIII.

Quod ſi ea quæ fortuitis caſibus eueniunt, pactorum non fuerint conuentione concepta, ſiquidem particulare, vel aliud leue contigerit damnum, ex quo non ipſa rei in Emphyteuſin conceſſæ lædatur ſubſtantia, hoc Emphyteuticarius ſuis partibus adſcribet.

Nec

Digitized by Google

XIV.

Nec enim propter rei emphyteuticæ partis interitum, vel ſterilitatem aut hoſtium incurſum, & bellorum calamitates, Emphyteuta à Canone ſiue penſione, in totum, vel pro parte, liberatur.

XV.

Sin verò tanta emerſerit clades, quæ prorſus etiam ipſius rei, quæ per Emphyteuſin data eſt, faciat interitum: hoc non Emphyteuticario, cui nihil reliquum permanſit, ſed rei domino, qui quod fatalitate ingruebat, etiam nullo intercedente contractu, habiturus fuerat, imputetur.

XVI.

Quemadmodum autem incommoda, ex prædij emphyteutici diminutione, ſterilitate, vel hoſtium incurſione, & bellorum calamitatibus prouenientia, ad Emphyteuticarium ſpectant: ita quoque omne commodum incrementum & augmentum prædio Emphyteutico obueniens, ſiue latens ſit, vt ſi per alluuionem quid acceſſerit, ſiue apparens, vt ſi inſula in flumine enata ſit, ad Emphyteuticarium pertinet.

XVII.

Et tale augmentum ſeu incrementum, in re in Emphyteuſin data contingens, abſque nouo aliquo penſionis onere, Emphyteuticario cedit: nec ob tale augmentum canon ſeu penſio, quam Emphyteuta rei Emphyteuticæ domino ſoluere tenetur, augeri poteſt.

ARGVMENTVM I.

Dicimus particulare & leue aliquod damnum ad Emphyteuticarium pertinere, & ideò propter ſterilitatem & bella penſionem non remitti. Obſtat l. licet, C. de locatio. & conduction. & c.

propter ſterilitatem extra de locato. Ibi propter ſterilitatem, penſionis fit remiſsio. Ergò malè nos dicimus propter ſterilitatem penſionem non remitti. R. Lex licet, loquitur de locatione & conductione quemadmodum titulus, ſub quo lex illa poſita eſt, indicat. In locatione autem & conductione, propter ſterilitatem penſionis fit remiſsio. In Emphyteuſi propter ſterilitatem non fit penſionis remiſsio. Differentiæ ratio hæc eſt. In Emphyteuſi, penſio non præſtatur in compenſationem fructuum qui ex prædio Emphyteutico percipiuntur, ſed potius in ſignum recognitionis, & ideò propter ſterilitatem penſio non remittitur. In locatione & conductione, præſtatur penſio ſiue merces in vicem fructuum, & ob id nullis natis fructibus, penſio ſiue merces conductori remittitur, quaſi ita tacitè inter locatorem & conductorem conuenerit.

A L I V D.

Incurſus hoſtium inundationi ſimilis eſt. *l. cum vnus. §. final. de rebus. author. iud. poßid.* Sed per inundationem res perit, *l. interdum. §. 1. de acquir. poſſeß. l. qui vniuerſas. § item quod mari. Eod.* & re perempta, liberatur Emphyteuta à Canonis præſtatione. Igitur propter hoſtium incurſum, Emphyteuta à Canonis ſolutione liberatur. Reſpon. Incurſus hoſtium inundationi ſimilis eſt, reſpectu ſcilicet poſſeſsionis, in quam Prætor vult aliquem mittere. Et ſicuti Prætor non mittit in poſſeſsionem prædij inundati, ita non poteſt mittere in poſſeſsionem prædij ab hoſtibus occupati, quia neutro caſu poſſeſsio corporaliter apprehendi poteſt, & nulla poſſeſsio poteſt acquiri, niſi animo & corpore *l. 2. de acquir. poſſeßione.*

A L I V D.

Videtur rurſus obſtare l. forma. §. de cenſibus, ibi Vlpianus ſcribit, Cenſitorem releuare eum debere qui in publicis tabulis, delato modò frui certis ex cauſis non poſsit. R. Vlpianus de tributo, non de Canone Emphyteutico loquitur, & alia cauſa eſt tributorum, alia Canonis Emphyteutici. Canon præſtatur domino prædij, nec Emphyteuticario remittitur quamuis prædio frui non poſsit, aut portio aliqua ex prædio perierit, *d. l. 1. C. de iure. Emphyteutico.* Tributum præſtatur fiſco *l. 2. C. de prædijs*

Tamiach lib. 11. ταμεῖον cellarium ſignificat. Inde prædia Tamiaca quæ Cellario deputata ſunt. Et fiſcus tributis releuat prædia frequenter per cenſitorem ob ſterilitatem anni, *d. l. forma, de cenſibus.*

ALIVD.

In l. inter. §. damni, de damno infecto, Iuriſconſultus tradit, quod ſuperficie ſublata, fraudetur dominus ſoli in percipienda penſione. Ergo &c. R. Loquitur Iuriſconſultus de ſuperficiario, & in eo caſu, quo tota ſuperficies tollitur. Hoc caſu penſionem ſuperficiarius ſoli domino non præſtat, quod & in Emphyteuticario obtinet. Superficiarius autem eſt, qui in ſolo alieno ſuperficiem habet, quod ius, ius ἐμφατευτικὸν appellatur *in l. 3. §. ſi vis, de rebus eorum qui ſub tutela ſunt.*

ALIVD.

In l. ſi fundus. § final. cum l. ſeq. locati, dicitur remitti mercedem propter vim maiorem & latronum incurſum. R. Id ad locationem & conductionem, non ad Emphyteuſin pertinet, & inter locationem & conductionem ac Emphyteuſin magnum eſt diſcrimen.

ALIVD.

Dicimus prædio Emphyteutico perempto, liberari Emphyteutam à Canonis præſtatione. Contra. Re vendita perempta, emptor non liberatur, ſed nihilominus tenetur precium ſoluere. Igitur re quoq; Emphyteutica perempta, Emphyteuta à Canonis ſolutione non liberatur. R. Hæc diſſimilia ſunt. Emptor pretium ſoluit re perempta, quia res empta poſtquam tradita eſt, emptoris facta eſt, & ideò ipſi perit. Prædium Emphyteuticum, non eſt Emphyteutæ ſed eius qui in Emphyteuſin conceſsit, & ideò meritò ipſi perit, ac re perempta ſimul perit penſio quæ propter prædium præſtabatur.

ALIVD.

In Nouella conſtitutione 7. in §. quia verò Leonis, dicitur, quod penſio propter contingentem calamitatem minuatur. R. Imperator ibi loquitur de penſione, ſub qua prædia Eccleſiarum, in Emphyteuſin dari debent. Debent prædia Eccleſiarum ita da-

ita dari in Emphyteuſin, vt ex penſione, quam Eccleſia ex prædijs percipere poteſt, ſexta pars Emphyteuticario remittatur propter caſus fortuitos. Vt ſi prædium locari ſolebat 60. florenis, Emphyteuticario dabitur in Emphyteuſin pro 50. florenis. Et ſi fortè penſio, quam Eccleſia ab initio habuit, diminuta eſt, vt ſi prædium quod locabatur pro 60. florenis, nunc locetur pro 40. hoc caſu vult Iuſtinianus vt prædium in Emphyteuſin detur ſub penſione 40. florenorum.

ALIVD.

Dicimus omne incrementum ſiue latens ſit ſiue apparens, ad Emphyteutam pertinere, nec propterea penſionem augeri. Obſtat l. item ſi fundi, §. huic vicinus, de vſufructu. Ibi Vlpianus docet, alluuionis vſumfructum ad vſufructuarium pertinere, Inſulæ autem iuxta fundum in flumine natæ vſumfructum ad fructuarium non pertinere. R. Illud ad ſimplicem vſufructuarium, non ad Emphyteutam pertinet. Habet Emphyteuta quidem ius vtendi fruendi, ſed tamen multum ab vſufructuario diſtat,

ALIVD.

Dicimus inſulam in flumine natam Emphyteuticarij eſſe. Inſula eſt terra aquis circumflua, ob ſpiritum ſolo erumpere non valentem, nata. *Plinius lib. 2. c. 85.* Inde dicta quod ſit in ſalo id eſt mari. *Feſtus lib. 9.* Quæ in mari naſcitur, ſit occupantis. In flumine naſcitur tribus modis *l. ergo ſi inſula. §. tribus modis, de acquirend. rer. domin. &c.*

ALIVD.

Obſtat l. 2. C. de alluuionibus & paludibus lib. 7. Ibi remiſſio fit penſionis propter inundationem Nili. Igitur &c. R. Lex illa loquitur de tributo quod fiſco præſtatur, Fiſcus ſæpius remittit tributa, vt ante dictum eſt.

ALIVD.

Imperator in l. fin. C. de alluuionibus & paludibus dicit, quod ea quæ per alluuionem acquiruntur, cenſeri non debeant. Igitur latentia incrementa non cenſentur, ſed apparentia. Et ibi lex illa ita ſumatur latentia incrementa ad fiſcum non pertinent.

R. Fi-

Digitized by Google

R. Fiſcus tributum remittit ob damna prædijs data. Ergò etiam percipit commodum ſi quid prædio acceſſerit, & conſtet acceſsiſſe. Poſſumus etiam hoc modo reſpondere. Imperator de ijs quæ per alluuionem acquiruntur reſpondet, quia de acquiſitis per alluuionem fuit interrogatus. Omnes enim leges Codicis, ex re, hoc eſt, propoſita aliqua facti ſpecie, natæ ſunt.

XVIII. Theſis.

Finitur Emphyteuſis finita generatione, ſeu ſobole, eius, qui accepit: nec non tempore, ad quod Emphyteuſis conſtituta fuit, elapſo.

XIX.

Item ſi Emphyteuta pactis, inter ipſum & dominum rei Emphyteuticæ conuentis, ſtare, & legem Emphyteuſeos ſeruare nolit: vel ſi prædium Emphyteuticum, arbores fructiferas incidendo, ſyluas exſtirpando, vel ſimili aliquo modo, deterius reddat.

ARGVMENTVM I.

Emphyteuta prædio Emphyteutico cadit ſi prædium deterius reddat. Sic conductor qui malè vtitur re conducta, expelli poteſt l 3. C. de locat. & conductiõ. Emphyteuta quoque Eccleſiæ ob deteriorationem prædio Emphyteutico priuatur *Nouell. 120.* Vaſallus ob hanc cauſam amittit feudum vt communiter Dd. tradunt. Hinc ſequitur quod Emphyteuta arbores fructiferas incidere & ſyluas exſtirpare non poſsit. Contra ita argumentor. Emphyteuta habet ius vtendi fruendi. Ergo poteſt ſyluas exſtirpare &c. R. Nulla eſt ratio conſequentiæ. Nam Emphyteuta habet ius vtendi fruendi quamuis ſyluas exſtirpare non poſsit. Nec enim argumentum eſt inquit eleganter Seneca, aliquid tuum non eſſe, quia vendere non potes, quia conſumere non potes, quia mutare in melius aut deterius non potes. Tuum enim eſt etiam quod ſub certa lege tuum eſt. *Seneca lib. 7. de benefic. c. 12.*

ALIVD.

Dicimus tempore elapſo finiri Emphyteuſin, Contra ita

argumentor. Tempus non eſt modus introducendæ obligationis. Ergò nec finiendæ, & ſic malè dicimus Emphyteuſin finiri tempore. R. Cum dicimus Emphyteuſin finiri tempore elapſo, non hoc volumus dicere quod tempus finiat obligationem, ſed quod ex conſenſu partium ſiue contrahentium, qui ſe extendit ad certum tempus, finiatur obligatio.

XX. Theſis.

Sic iure Emphyteutico excidit Emphyteuta, ſi irrequiſito domino prædium vendat.

XXI.

Quod ſi Emphyteuta, atteſtatione tranſmiſſâ, hoc eſt in ſcriptis, teſtibus adhibitis, domino denunciauerit, ſe ius ſuũ emphyteuticum venditurum, ſimulq́; ei precium, quod ab alio reuera habere poteſt, indicauerit, ſiquidem ipſe hoc dare volet, omnibus alijs præfertur.

XXII.

Sin autem dominus, duorum menſium ſpacio, poſt denunciationem ab emphyteuta factam, elapſo, ius Emphyteuticum emere ceſſauerit, poteſt Emphyteuta, etiam ſine conſenſu domini, cui volet, perſonis tamen in emphyteuticis contractibus ad huiuſmodi venire emptionem non vetitis, ius ſuum Emphyteuticum vendere.

XXIII.

Et tunc cogitur dominus, non per conductorem, vel per procuratorem, ſed per ſeipſum, vel per depoſitionem, olim quidem apud magiſtrum cenſus, hodiè verò apud competentem magiſtratum: vel per atteſtationem, præſentibus tabularijs, ſiue notarijs, factam, nouum Emphyteutam ſuſcipere: qui pro ſuſceptione, quinquageſimam partem precij vel æſtimationis rei venditæ domino dare cogitur. Hanc quinquageſimam Interpp. Laude-

nium,

Digitized by Google

mium, Budæus Laudatiuum, Græci eleganter ἐνδεικτικὸν, appellant.

XXIV.

Quod ſi, prædij Emphyteutici dominus, hac quinquageſima precij ſeu æſtimationis rei venditæ parte oblata, nouum emphyteutam ſuſcipere detrectet, tenetur Emphyteuta, atteſtatione interpoſita, adhuc alios duos menſes exſpectare: Quod ſi ne intra hos quidem dominus nouum Emphyteutam admittat, emphyteutæ, totum ius â ſe abdicare, & in nouum Emphyteutam transferre, liberum eſt: nec dominus, Emphyteutam, ſe inſcio, inuito, ac non conſentiente, ius Emphyteuticum alienaſſe, conquerens, audiendus eſt.

ARGVMENTVM I.

Dicimus in 20. propoſitione, iure emphyteutico Emphyteutam cadere, ſi prædium irrequiſito domino vendat. Contra Emphyteuta, vſumfructum in prædio tantum habet. Ergò non poteſt prædium vendere, ſed vſumfructum, vel ius ſuum emphyteuticum tantum, vt Imperatores loquuntur. R. Prædium accipimus, pro iure emphyteutico quod habet Emphyteuta. Sic prædium pro iure emphyteutico Imperator accipit *in l. 3. §. penult. C. de iur. emphyteut. ibi æſtimationem loci, qui in alium transfertur, accipiet.* Vocat locum prædium emphyteuticum. Sic in l. 2. C. ne rei dominicæ vel tempo. vindic. dicitur, Emphyteutas terras ſuas vendere vel alienare non poſſe. *Eſt elegans textus in l. ſi domus. §. final. de legat. 1. vbi dicitur eum qui legat fundum vectigalem, legare ius quod in fundo habet.*

ALIVD.

Dicimus, dominum prædij emphyteutici in venditione, omnib. alijs præferri. Obſtat l. dudū C. de contrahend. empt. & vendit. Ibi permittitur vnicuiq; vt ſuo arbitratu poſsit emptorem quærere. R. Ius Prothimiſeos Iure Romano in alienationibus & venditionibus rerum receptum fuit vſque ad tempora Theodoſij idque etiam ius diuinum probauit, *vt in Leuitic. c. 25. Ruth. c. 4.*

& Hieremia c. 32. videre licet. Sed poſtea Valentinianus Theodoſius & Arcadius ius Prothymiſeos ſuſtulerunt *per l. dudum. C. de contrahend. emption. & vendit.* In illa l. vt dictum eſt, permittunt Imperatores vnicuiq; vt ſuo arbitratu emptorem rerum ſuarum quærat, niſi inquiunt Imperatores, Lex ſpecialiter quaſdam perſonas hoc facere prohibuerit. Illa poſtrema verba addita ſunt à Triboniano propter l. 3. C. de iur. emphyteut. & l. 1. C. non licere habi. metro. lib. 11. Et illis caſibus & ſi qui ſimiles ſunt exceptis, ius Prothymiſeos nulli competit niſi ex pacto. *l. qui Romæ. §. coheredes, de verbor. obligation.* Poſt Theodoſium Romanus Imperator, ius Protimiſios rurſus in vſum reuocauit. *Conſtantin. Harmenop. lib. 3. Epitom.* Et hoc Fridericus Imperator tandem probauit *in c. ſancimus, in vſibus feudor.*

A L I V D.

Dicimus dominum per ſeipſum nouum Emphyteutam ſuſcipere. Contra Dominus feudi vaſallum per alium, vt videtur inueſtire poteſt. Ergò &c. R. Aliud in feudis, aliud in Emphyteuſi.

XXV. Theſis.

Sanè Emphyteuta ius ſuum Emphyteuticum, inſcio ac ignorante domino, alteri donare poteſt.

XXVI.

Quemadmodum & legare, locare, permutare, in dotem dare, vel oppignorare.

A R G V M E N T V M. I.

Dicimus Emphyteutam, ius ſuum emphyteuticum inſcio domino alteri donare poſſe. Contra In l. 3. C. de iure emphyteut. dicitur, Emphyteutam ius ſuum, inſcio domino in alium transferre non poſſe. Verbum transferendi generale eſt, & tam ad donationem quàm ad venditionem pertinet. Nec enim minus transfert qui donat quàm qui vendit. Igitur malè nos dicimus quod res Emphyteutica donari poſſit alteri inſcio domino. R. Verbum transferendi generale quidem verbum eſt, ſed in l. 3.

C. de

C. de iur. emphyt. tantum ad venditionem reſtringitur, quod ita demonſtro. In d l. 3. ſæpius dicitur, meliorationes non poſſe vendi, inſcio domino. Poſtea circa finem in d. l. 3 additur, emphyteutam poſſe ius ſuum vel emponemata hoc eſt meliorationes transferre. Ecce textum expreſſum quod translationis verbo duntaxat venditio ſignificatur.

A L I V D.

In l. 3. C. de iure emphyteutico dicitur, dominum quinquageſimam partem precij vel æſtimationis loci, qui ad aliam perſonam transfertur, accipere debere. Ecce Imperator ibi precij meminit quod ad venditionem refertur. Meminit quoque æſtimationis, hoc verbum ad venditionem referri non poteſt, ſed ad donationem pertinebit. Et quando emphyteuta ius ſuum alteri vult donare, locus ipſe æſtimabitur & ex æſtimatione facta, quinquageſima pars inde domino dabitur pro receptione donatarij.Hinc ſequitur quod Imperator, in d. l. 3. non de ſola venditione loquatur, ſed alijs etiam modis quibus res transfertur. Et cum vetet Imperator, fieri translationem, inſcio domino, dicendum erit, non tantum prohiberi translationem quæ fit per venditionem, ſed etiam illam quæ fit per donationem aut aliũ quemcunque modum. R. Videndum eſt quid dicatur in d. l. 3. Prohibet Imperator non tantum alienationem iuris emphyteutici, ſed etiam meliorationum, & hæc duo perpetuò in d. l. 3. coniunguntur. Et ſicuti domini conſenſus requiritur in alienatione iuris emphyteutici, ita requiritur quoque domini conſenſus, in alienatione meliorationum. Cum igitur dicitur in d. l. 3. dominum accipere debere quinquageſimam partem precij, vel æſtimationis loci, hæc verba partem precij, ad alienationem meliorationum, referuntur. Sequentia verba æſtimationis loci, ad alienationem iuris emphyteutici. Et æſtimatio loci, nihil aliud eſt quàm venditio loci. Aeſtimatio enim venditionem ſignificat *l. plerumq́ꝫ, de iur. dotium.* Hinc in l. 1. pro emptore, dicitur, poſſeſſorem, qui litis æſtimationem obtulit, pro emptore poſsidere.

A L I V D.

Non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri *l. non*

 debet,

debet, de R. I. Sed ſi Emphyteuta inſcio domino, ius emphyteuticum alteri donare poteſt, tunc per Emphyteutam iniqua conditio, domino infertur. Igitur Emphyteuta id facere non poteſt. Minor probatur, quia Emphyteuta domino fuit obligatus actione perſonali & reali, & donatarius tantùm obligabitur domino, actione reali, non perſonali, quia cum domino non contraxit. R. Quamuis Emphyteuta alteri donet ius ſuum, tamen domini conditio inde deterior non fit. Nam dominus tenetur Emphyteutam nouum ſuſcipere per ſe, non per procuratorem. Emphyteuta nouus, tenetur quoq; εἰσδέκτικον dare, atq; ita dominus recipiendo & admittendo donatarium, poteſt ſi velit, donatarium ſibi obligare, atq; ita per Emphyteutam domino iniqua conditio non infertur.

ALIVD.

Prohibitus alienare, prohibitus quoq; eſt donare. Igitur Emphyteuta donare non poteſt, cum ſit prohibitus alienare inuito domino. R. Prohibitus alienare, non cenſetur prohibitus donare *l. final. C. de prædijs decur: ſine decreto non alienand. lib 10.* Eam l Iuſtinianus in Nouella conſtitut. 38 θαυμαστὸν νόμον, hoc eſt, mirabilem legem vocat. Sed Imperatores hoc conſiderârunt quod facilius quis vendit quàm donat, & ideò venditionem prohibuerunt non donationem. Ob hanc ipſam cauſam Senatuſconſultum Velleianum obligatæ mulieri ſuccurrit, non donanti *l. 4. §. final. ad Velleian.* quia mulier non facilè donat, & genus mulierum eſt auarum *vt inquit Cicero in 1. de inuentione*, & auariſsimum vt dicit Accurſius. Imò vice miraculi eſt ſi mulier donet, *vt alibi Baldus loquitur.* Ob eandem cauſam l. Iulia de adulterijs cohercendis inhibuit hypothecam prædij dotalis, non alienationem. *§. 1. Inſtitut. quibus alienar. licet.* & deniq; ob dictam cauſam L. Fuſia Caninia prohibuit ſeruorum manumiſsionem quæ teſtamento fiebat, non quæ fiebat inter viuos *tot. tit. de l. Fuſia Canin. tollend.* Sanè quandoq; pro ratione ſubiectæ materiæ fieri poteſt, vt prohibitus alienare ſit quoque prohibitus donare. Vt maritus non poteſt prædium dotale alienare. Ergò nec donare, quia hoc ſubiecta materia ſuadet. Sic ſi dicatur rem extra familiam alienari non debere, non poterit quoq; donari, quia eadem ratio eſt in donatione quæ in

aliena-

alienatione. Secus eſt quando de iure emphyteutico agitur. Emphyteuta non poteſt alienare hoc eſt vendere ius ſuum, donare poteſt inſcio domino.

ALIVD.

In l. 1. C. de fundis patrimonial. lib. 11. dicitur quod Emphyteuticarius fiſci, ius ſuum citra iudicis authoritatem, alij donare poſsit. Igitur Emphyteuta priuati, id facere non poteſt. R. Omnes leges. C. ex re, hoc eſt, ex propoſita aliqua facti ſpecie natæ ſunt. Et Imperator de Emphyteuticario fiſci conſultus, de eo reſpondit, nec dicit Imperator, quod ſolus Emphyteuta fiſci, ius ſuum alteri poſsit donare. Imò, quia Emphyteuticarius fiſci id facere poteſt, dicemus Emphyteutam priuati, id ſimiliter poſſe facere.

ALIVD.

In l. 2. C. ne rei dominicæ vel templor: vindicatio temporis præſcriptione ſubmoueatur, dicitur quod Euphyteuta terras non poſsit vendere, vel vllo alio pacto alienare. Cum inquit Imperator, vel vllo alio pacto alienare, donationem & ſimiles modos alienationum excludit. Emphyteuta igitur ius ſuum donare non poteſt. R. Loquitur Imperator de Emphyteuta, qui rem emphyteuticam alienat, tanquam ſuam & propriam, non tanquam emphyteuticam. *Ita. Iaſon. & alij.*

ALIVD.

In Nouella Conſtit. 7. dicitur, quod emphyteuſis Eccleſiaſtica, ad extraneos non tranſeat. Igitur videtur dicendum quod emphyteuſis Eccleſiaſtica extraneo etiam donari vel legari non poſſit. R. Res Eccleſiaſtica, ad extraneum non tranſit per viam ſucceſsionis. Sed per viam donationis poteſt. Bartolus vbiq; tenet, quod res Eccleſiaſtica, in emphyteuſin data, alijs donari vel legari non poſsit. Sed Dd. communiter contrarium ſentiunt.

ALIVD.

Dominus prædij, prædium alij donare vel legare non poteſt. Ergò nec Emphyteuta, ius ſuum poteſt alteri donare vel legare. R. Hoc argumentum ex natura correlatiuorum ductũ non procedit, propterea quod alia ratio eſt in domino, alia in Emphyteuta.

Em-

Emphyteuta donat ius ſuum alteri, quia ex ea re dominus nihil damni conſequitur. Ex donatione à domino facta, Emphyteuta poſſet lædi. Ita Baldus ſentit. Sed ego exiſtimarem, dominum, prædium ſuum alij poſſe donare, & ita vidi de facto obſeruari.

XXVII. Theſis.

Deniq́ue Emphyteuta ius ſuum emphyteuticum amittit, ſi Canonem, in ciuili quidem Emphyteuſi intra triennium, in Eccleſiaſtica intra biennium, non ſoluerit: vel apochos publicarum functionum, domino tributorum, intra triennium, non reddiderit.

XXVIII.

Nec Emphyteuta prætendens, ſe ſuper Canonis emphyteutici ſolutione vel apocharum fiſcalium redditione, à prædij domino interpellatum non eſſe auditur: ſed abſq́ue vlla etiam à domino facta interpellatione in mora conſtituitur. Cum neminem oporteat conuentionem vel admonitionem exſpectare, ſed vltrò ſeſe offerre, & debitum ſpontanea voluntate perſoluere.

XXIX.

Quinimò Emphyteuta etiam moram, ob Canonem non ſolutum commiſſam, per oblationem Canonis poſtea factam, purgare non poteſt.

XXX.

Si tamen prædij emphyteutici dominus, Canonem, poſt incurſam caducitatem, ab Emphyteuta recipiat, caducitatem ipſi remiſiſſe, & Emphyteuſin tacitè renouaſſe, videtur.

XXXI.

Idq́ue indiſtinctè procedit, ſiue præteriti duntaxat, vel etiam futuri temporis, Canonem acceperit: niſi fortè præteriti temporis canonem recipiendo, ſe per canonis receptio-

receptionem caducitatis ius Emphyteutæ remittere nolle, proteſtatus ſit. Quod ſi futuri temporis Canonem accipiendo, ius ſuum Emphyteutam expellendi ſibi ſaluum manere debere, proteſtetur, eiuſmodi proteſtatio, vtpotè facto contraria ipſi non prodeſt.

ARGVMENTVM I.

Dicimus Emphyteutam, moram purgare non poſſe. Contra ita arguo. Quoties non reperitur aliquid clarè deciſum de iure ciuili, ſi illud reperitur deciſum de iure Canonico, ſtatur iure Canonico. Sed de iure Canonico, Emphyteuta Eccleſiæ, celeri ſatisfactione moram purgare poteſt *c. potuit, extra de locato.* Igitur idem dicendum eſt in Emphyteuta Ciuili. R. Maior vera eſt quando in vno eodemque caſu aliquid reperitur deciſum de iure Canonico. Sed hic reperitur aliquid deciſum in diuerſis caſibus. Nam ius Canonicum loquitur de Emphyteuta Eccleſiæ. Ius Ciuile, de Emphyteuta ſeculari. Emphyteuta Eccleſiæ, celeri ſatisfactione moram purgat, quia biennium tantum habet ad ſoluendum. Emphyteuta ſecularis habet triennium, & ideò celeri ſatisfactione moram non purgat.

ALIVD.

Purgatio moræ fundatur ſuper æquitate *l. ſi ſeruum. §. ſequitur, de verbor. obligation.* Igitur ius Canonicum quod hac in parte æquitatem præ ſe habet, ſequi debemus. R. Non eſſe eandem æquitatem in Emphyteuta Ciuili, quæ eſt in Emphyteuta Eccleſiæ. Nam Emphyteuta ciuilis, longius tempus habet, ad ſoluendum quàm ciuilis.

ALIVD.

Mora purgari poteſt etſi obligatio contineat diem tacitum & certum *l. non diſtinguemus. §. final. cum l. ſeq. de arbitris.* Ergò & hic mora purgabitur. R. Ideò ibi admittitur purgatio moræ ad euadendam pœnam, quia dies tacitus erat incertus, hoc eſt, definiendus erat arbitrio iudicis. Hic autem dies tacitus eſt, & certus, ſcilicet triennij, & illum potuit Emphyteuta præuidere, & ideò non conceditur moræ purgatio. Nam quando dies eſt taci-

Digitized by Google

ta & certa, ita quod reus illam præuidere poteſt, tunc non admittitur purgatio moræ, *vt Bartol. tradidit in l. 1. de pœn. legat.*

ALIVD.

Emphyteuta Eccleſiæ magis eſt priuilegiatus quàm Emphyteuta ſecularis. Si igitur Emphyteuta Eccleſiæ poteſt purgare moram, Ergò multò magis moram purgabit Emphyteuta ſecularis. R. In Emphyteuta Eccleſiæ admittitur moræ purgatio, quia in hoc grauatur, quod fauore Eccleſiæ habet breuius tempus ad ſoluendum & ideò in altero alleuiatur vt poſsit moram purgare.

ALIVD.

Mora purgatur per oblationem rei debitæ *l. Interdum. § final. de Verbor. obligation.* hoc eſt ſi promiſſor id offerat in quo præſtando vel dando moram fecerat, purgat moram & liberatur à pœna. Ergo & Emphyteuta, offerendo Canonem liberabitur. R. Mora purgatur per oblationem rei debitæ, quando obligatio eſt pura, *l. quid tamen ſi de pluribus. §. vltim. de recept. arbitr.* Si obligatio ſit in diem, ex die ſtatim pœna committitur, nec promiſſor qui offert poſt diem, euitat pœnam, quia id inter contrahentes actum intelligitur *l. traiectitia, de O. & A. l. Celſus in princ. de recept. l. ſi fundus. §. vltim. de l. commiſſor.* Hinc ſequitur quod Emphyteuta moram purgare non poteſt Etenim Emphyteuta obligatus eſt ad ſolutionem Canonis in diem ſub certa pœna.

ALIVD.

Contra ſolutionem, ita argumentor. In l. etſi poſt tres, ſi quis cautioni &c. Reus promiſit ſe iudicio ſiſti certa die, & ni ſteterit pœnam. Pœna committitur ex die ſtatim, & tamen reſoluitur ſi poſt diem ſe ſiſtat. R Reus ibi liberatur à præſtatione eius quod intereſt ſi ſe ſiſtat ante litem conteſtatam. A pœna ibi non liberatur. Et hoc fideiuſſori tantum dedit Iuſtinianus, vt reum ſiſtendo poſt diem, euitet pœnam *l. ſancimus. C. de fideiuſſoribus.*

Theſis.

Digitized by Google

Theſis XXXII.

Sed ne domino prædij emphyteutici facultas oriatur, Emphyteutam ſuum repellere, & reditum minimè velle ſuſcipere, vt ex huiuſmodi machinatione triennio elapſo, iure ſuo, is, qui Emphyteuſin ſuſcepit, cadat, licentia Emphyteutæ conceditur, atteſtatione præmiſſa, Canonem prædij domino offerre, & ſi eum accipere renuat, obſignare & deponere: quo facto minimè deiectionis timebit periculum.

XXXIII.

Quod ſi prædij dominus, Canonem primo & ſecundo anno ab Emphyteuta ipſi oblatum, accipere recuſauerit, poteſt nihilominus tertio anno, non tantùm eius anni, ſed & præcedentium annorum, canonem petere: Sin verò tertio anno Canonem ab Emphyteuta oblatum accipere noluerit, quartó anno præteritorum annorum penſionem ſiue Canonem exigere nequit.

XXXIV.

Denique Emphyteuſi extinctâ & finitâ, Emphyteuta, ſiquidem ob culpam prædio emphyteutico deiectus ſit, omnes omninò meliorationes in prædio emphyteutico factas, iuxta communem Dd. opinionem, perdit: Temporis verò curſu, vel generatione, emphyteuſi finitâ, meliorationes, quas fecit, à prædij emphyteutici domino repetere poteſt.

De hiſce theſibus plura videre licet in tractatu de feudis c.3.

Digitized by Google

DISPVTATIO EX TIT. DE REBVS CREDITIS PRIMA.

Poſitio I.

MVtuum, auctore Paulo, ab eo appellatur, quod de meo tuum fit, & ideò ſi non fiat tuum, non naſcitur obligatio.

ARGVMENTVM. I.

In donatione, de meo fit tuum. Ergò donatio eſt mutuum. R. Cum dicimus mutuum appellari ex eo quod de meo fit tuum, id reciprocè intelligendum eſt, vt de tuo rurſus fiat meum. Mutuatio reciprocatio quædam eſt. Intelligitur hoc ex tertia propoſitione, in qua dicitur in mutuo id agi, vt quantitas in genere reſtituatur. Idem intelligitur ex definitione mutui in quarta propoſitione propoſita. At in donatione de meo fit tuum, ſed non ea lege, vt de tuo rurſus fiat meum. Donatio igitur mutuum non eſt. Et hanc ſolutionẽ Iuriſconſultus tradit *in l.obligationum de O. & A.* Non ſatis eſt inquit dantis eſſe nummos & fieri accipientis vt obligatio naſcatur ſed etiam hoc animo dari & accipi oportet vt obligatio conſtituatur. Itaq; ſi quis pecuniam ſuam donandi cauſa dederit mihi, quanquam & donantis fuerit, & mea fiat, tamen non obligabor ei, quia non hoc inter nos actum eſt.

ALIVD.

At ita inſtatur. Donans obligat donatarium ad remunerandum ſibi *l. ſed etſi lege. § conſuluit de petition. hered.* Ergo in donatione non ſolum id quod donantis eſt, fit donatarij, ſed etiam quod donatarij eſt, verſa vice fit donantis, ſicque relinquitur donationem eſſe mutuum. R. Donans obligat ad remunerandum ſibi donatarium naturaliter ſcilicet non etiam Ciuiliter *d. l ſed etſi. §. conſuluit.* Et ex naturali illa obligatione, qua donatarius donan-

nanti obligatur, nulla naſcitur actio, nulla petitio datur. In mutuo verò tu ita viciſsim mihi obligaris, vt niſi quod tuum eſt, meum rurſus effeceris, mihi in te detur actio, certi ſcilicet condictio vt in propoſitionibus noſtris dicitur, per quam te volentem nolentem compellere poſſum vt in eodem genere quantitatem reſtituas. Hinc apparet, donationem mutuum non eſſe, & rectè traditum eſſe à Iuriſconſulto, mutuum ex eo dici, quod de meo fit tuum. Præterea naturalis illa obligatio, *de qua Iuriſconſultus in d. §. conſuluit, loquitur*, eſt tantum Philoſophica quædam honeſtas, multumque differt à naturali obligatione, cuius aliâs frequenter Iuriſconſulti meminerunt. Nam naturalis illa obligatio, cuius frequens in iure mentio eſt, exceptionem parit, *tot. tit. de pact.* Impedit condictionem indebiti, *tot. tit. de condict. indebit.* Venit in compenſationem, *tot. tit. de compenſat.* Operatur retentionem pignoris *l. 4. C. de vſuris.* At naturalis illa obligatio, de qua in d. §. conſuluit, ad nihil iſtorum prodeſt. Et de iſta naturali obligatione Philoſophica, vnicus ille locus in ff. duntaxat, extat.

A L I V D.

In emptione & venditione, de meo fit tuum, & de tuo rurſus meum. Ergò emptio & venditio eſt mutuum. R. Nego antecedens, quia in emptione & venditione id non agitur vt de meo tuum fiat & contrà de tuo meum. Emptoris quidem pecunia fit venditoris. At res venditoris, non fit emptoris. Et emptor ad dandum obligatur, venditor duntaxat ad tradendum *l. ex empto, de action. empt. l. 1. de rer. permutat.* cuius rei ratio eſt, quod emptor certum corpus non debet, ſed quantitatem hoc eſt, pecuniam in genere, & ob id eligere debet pecuniam quam venditoris faciat. Venditor autem debet certum corpus, & ob id ad tradendum tantum obligatur. Quinimò ſi inter emptorem & venditorem ita conuenerit, vt emptor pecuniam daret, & venditor daret Stichum, id genus contractus non erit pro portione emptionis & venditionis, *l. final. de condiction. cauſ. data, cauſ. non ſecuta*, hoc eſt, non erit ſimile negocium emptioni & venditioni. Deinde cum dicimus mutuum appellari inde quod de meo fiat tuum hoc ita intelligimus, vt quantitas detur, & quantitas in eodem reſtituatur, vt ex tertia & quarta propoſitione intelligitur. At in em-

Digitized by Google

ptione venditione, vtrinque non intercedit quantitas, ſed ex parte vna, quantitas, ex altera parte ſpecies ſiue certum corpus. Inde relinquitur emptionem & venditionem, mutuum non eſſe.

ALIVD.

In contractu innominato do vt des ſiue in permutatione, de meo fit tuum, & de tuo meum *l. naturalis, de praeſcript. verb. tot. tit. de rerum permutat.* Igitur contractus innominatus do vt des, ſiue permutatio, mutuum eſt. R. Cum dicimus mutuum ex eo appellari, quod de meo fiat tuum, & contra de tuo meum, hoc ita intelligimus vt meum & tuum, per omnia & in omnibus conueniant, meum æquè bonum ſit, ac tuum, tuum æquè bonum ac meum, *l. cum quid h. t. n.* At in permutatione de tuo & meo hoc dici non poteſt, quod tuum in omnibus & per omnia cum meo conueniat, meum æquè bonum ſit ac tuum, tuum æquè bonum ac meum. Permutatio itaque mutuum non eſt. Deinde in mutuo, ita de meo fit tuum, vt ſi tu viciſsim non des, ad id quod meum fuit, mihi actio non competat. Competit enim actio duntaxat ad hoc, vt idem reſtituas in genere non in ſpecie. At in permutatione ita de meo fit tuum, vt niſi tu des, vbi ego dedi, mihi aduerſum te detur actio, per quam illud ipſum quod tibi dedi repetere poſſum, ex quo etiam apparet, permutationem mutuum non eſſe quamuis in permutatione, de meo fiat tuum & contrà.

ALIVD.

In mutuo ſatis eſt vt poſſeſsio ad debitorem mutuo accipientem, transferatur *l. certi condictio. §. final. h. t. n.* Ibi depoſui apud te decem, poſtea permiſi tibi vti. Hic mutuum contrahitur, ideoque decem tibi condicere poſſum. Animo enim inquit Iuriſconſultus cœpiſti poſsidere. Ecce ſatis eſt quod tu poſsideas, licet de meo non fiat tuum. R. Cum Iuriſconſultus dicit, animo cœpit poſsidere, hoc dicit Iuriſconſultus, depoſitarium animo & cogitatione domini cœpiſſe poſsidere, & ideò quia dominus factus eſt, periculum ad eum pertinet vt Iuriſconſultus ſubijcit. Et intelligit Iuriſconſultus ciuilem poſſeſsionem, quæ conſiſtit ψυχῇ τοῦ δεσπόζοντος vt Theophilus inquit, hoc eſt animo domi-

domini ſiue, vt Iuriſconſulti dicunt opinione domini *l. ſi ſeruus, de noxal. action.* & cogitatione domini *l. penult. de acq. poſſ.* Naturalis poſſeſsio non conſiſtit animo, opinione aut cogitatione domini. Vt qui vi aut clam poſsidet, naturaliter poſsidet, quia non poſsidet opinione aut cogitatione vel animo domini. Ita Iuriſconſulti de naturali & ciuili poſſeſsione loquuntur, aliter Interpp. de qua re aliâs. Varro lib. 4. de lingua latina. Mutuum inquit, ſiculi appellant μοῖτον. Hinc quidem putant, Iuriſconſultos, græcam illam vocem ſecutos, mutuum tradidiſſe, inde eſſe dictum, quod de meo fiat tuum quaſi μȣ̃ τίον, hoc eſt, de meo tuum. Sed cum ſiculi, Roma ſint orti, mutui nomen potius inde tulerant, quàm illinc Latini. Cuiacius exiſtimat mutuum rectius dici à mutatione, quod mutetur hoc genere pecunia cum pecunia, dum par quantitas accipitur & redditur, quodque conſiſtit in his rebus quæ facilè mutationem & promiſcuum vſum recipiunt *lib. 11. obſeru. cap. 37.*

II. Positio.

Aliâs mutuum dicitur creditum, & inde credita pecunia, pro pecunia mutua, & in creditum ire, pro ire in mutuum, & creditam pecuniam facere, item in creditum dare, pro mutuam pecuniam dare. In creditum accipere, pro mutuam pecuniam accipere. Inde quoq; creditores, qui mutuam pecuniam crediderunt.

III.

Non tamen idcircò creditum & mutuum idem ſunt, ſed creditum à mutuo differt qua genus à ſpecie. Mutuum enim conſiſtit in quantitate. Creditum etiam in alijs rebus. In mutuo id agitur, vt quantitas in genere reſtituatur. Creditum eſt, etſi eandem rem recepturi ſumus. Mutuum non poteſt eſſe, niſi pecunia proficiſcatur. Creditum autem interdum eſt, etiamſi nihil proficiſcatur, veluti ſi poſt nuptias dos promittatur. In mutui datione oportet dominũ eſſe dantẽ. Creditũ conſiſtit etiamſi dans dominus non fuerit. Denique verbis credimus quodam

actu

Digitized by Google

actu ad obligationem comparandam interpoſito veluti ſtipulatione. Mutuum verbis non contrahitur.

ARGVMENTVM I.

Creditores dicuntur omnes quibus debetur ex quacunque actione *l. creditores de V. S.* ex qualibet cauſa *l. creditorum appellatione Eod.* ex quocunque contractu, *l. vt ſi cui, Eod. tit. de V. S.* Et ideò credendi generalis eſt appellatio *l. 1. h. t. n.* Nam cuicunque rei aſſentimur alienam fidem ſecuti, mox recepturi quid ex hoc contractu, credere dicimur, *d. l. 1. h. t.* Igitur malè nos dicimus, mutuum dici creditum, & creditores appellari, qui mutuam pecuniam crediderunt. R. Creditorum nomen interdum ſtrictè ſumitur, interdum latè. Strictè creditores dicuntur qui pecuniam mutuam dederunt. Intelligitur hoc ex d. l. creditores, in fine vbi Iuriſconſultus inquit, ſi non ſit mutua pecunia, ſed contractus, creditores accipiuntur. Cum dicit Iuriſconſultus ſi non ſit mutua &c. oſtendit ſtrictè creditores appellari qui pecuniam mutuam crediderunt. Idem apertius oſtenditur in l. ſequenti. Creditorum appellatione non hi tantum accipiuntur qui pecuniam crediderunt, ſed omnes quibus ex qualibet cauſa debetur. Cum dicit Iuriſconſultus creditores ſunt non hi tantum qui pecuniam crediderunt, oſtendit, ſtrictè ſumpto vocabulo, creditores tantum eſſe, qui pecuniam crediderunt. Idem oſtenditur in l. omnem, de iudicijs his verbis; Omnem obligationem pro contractu habendam exiſtimandum eſt, vt vbicunq; aliquis obligetur, & contrahi videatur, quamuis non ex crediti cauſa debeatur. His poſtremis verbis quamuis non ex crediti cauſa debeatur Iuriſconſultus ſignificat ſtrictè creditores nuncupari quibus ex crediti cauſa debetur, hoc eſt, qui pecuniam mutuam crediderunt. Sic Iuſtinianus Imperator *in Nouell. Conſtit. 4. §. final.* docet, ſtrictè creditores dici, qui pecuniam mutuam dederunt. Creditorem inquit, veteres ſecuti leges, conſtituimus quicunque actionem contra aliquem habere poteſt, etſi non mutuum contractum ſed aliud genus contractus ſubſiſtat. Nota hæc verba, etſi non mutuum contractum, quibus Imperator oſtendit creditores ſtrictè dici qui mutuum contrahunt. Hoc etiam *Conſtantinus Harmenop.* docet *libr.*

Digitized by Google

libr. 3 Epitom. iuris tit. 5. τὸ δανειστῆς καὶ χρεώστης ὄνομα ἡ συνήθεια καὶ ἡ τῶν πολλῶν γλῶττα ὡς ἐπὶ τὸ πολὺ ἐπὶ τῶν δανειζόντων καὶ δανειζομένων παραλαμβάνει καὶ λέγει. hoc eſt, debitoris & creditoris nomen conſuetus ac communis loquentium vſus, maxima ex parte de ijs, qui mutuò quid dant vel accipiunt, dicit atque intelligit. Hoc denique nomen ipſum græcum, planius & apertius oſtendit quàm Latinum, ſiquidem Græcis creditores, δανεισταὶ dicuntur. Et δανείζω itemque δανείζομαι mutuor ſignificat, δάνειον mutuum. Sic debitor ſtrictè dicitur qui pecuniam mutuam accipit *l. incendium. C. ſi cert. petetur.* Incendium, hoc eſt, caſus fortuitus, ære alieno debitorem non liberat. Debitorem hoc eſt eum qui mutuam pecuniam accepit. Ita ſtrictè creditoris & debitoris nomen accipitur *in l. 5. §. is quoq. de O. & A.* ſicuti ſup. quoque monui. Latè ſumitur creditoris verbum prò eo cui ex quocunque contractu debetur, *d. l. creditores. d. l. creditorum, cum l. ſeq. de V. S. d. l. omnem de iudicijs. d. Nouella 4. §. final. & d. l. 1. h. t. n.* Et nos creditoris verbum ſtrictè accipimus, cum dicimus in ſecunda propoſitione, mutuum aliàs dici creditum, & creditores appellari, qui mutuam pecuniam crediderunt.

ALIVD.

Creditoris nomen latè patet *d. l. creditores cum duabus l. ſeqq. de V. S. l. 1. h. t. n.* Pecuniæ item verbum latè patet. Comprehendit enim non ſolum pecuniam numeratam, ſed omnem omninò pecuniam, hoc eſt omnes res, tàm ſoli quàm mobiles, tàm iura quàm corpora *l. pecuniæ nomine, l. pecuniæ appellatione, l. pecuniæ verbum, de verbor. ſignificat.* Inde igitur videtur dicendum, creditam pecuniam non eſſe pecuniam mutuam. R. Pecunia interdum ſtrictiſsimè ſumitur, pro pecunia numerata tantum, *vt in tot. tit. ad Senatuſconſultum Macedonian. in ff. & C.* Interdum aliquantò latius pro rebus conſtantibus pondere numero & menſura. Ita ſumitur in clauſula illa vulgari, teſtamentis olim adſcribi ſolita, Quas pecunias legaui, quibus dies appoſitus non eſt, eas annua, bima, trima die, heres meus, dato, *l. talis ſcriptura, de legat. 1.* Ita ſumitur pecunia, in edicto Prætoris, de conſtituta pecunia, *quemadmodum Imperator Iuſtinianus docet in l. 2. C. de conſtit.*

 pecunia.

pecunia. Sic ſumitur pecunia, in titulo. C. de probib. pecu. ſequeſtration. Accurſius quidem ibi pecuniam latè accipit, ſed ſtrictè accipere oportet, pro quantitate. Cæterarum enim rerum mobilium, quæ petuntur, & de quibus lis eſt, fit ſequeſtratio. Pecuniæ ſiue quantitatis non item. Ratio eſt, quod res quæ certum habent corpus, facilè interuerti & corrumpi poſſunt, & ideò pendente lite collocantur in tuto apud ſequeſtrum, exigente aduerſario. At quantitatis nullũ ſubeſt corpus certũ, quantitas non perit. Deniq; pecunia ſumitur pro rebus conſtantibus pondere, numero & menſura, cum dicimus pecuniam compenſari, *tot. tit. de compenſat.* Poſtremò, verbum pecuniæ latiſsimè patet, *vt ex ß ſupra adductis apparet.* Et ita latiſsimè ſumitur pecunia in illa l. 12. tabular. Paterfamiliâs vti ſuper pecunia, tutelâue ſuæ rei legaſſet ita ius eſto. *Vlpianus in fragment tit. 11. de tutel. Corni. in 1. ad Herenn. Nouella 22. de his qui nuptias iterant. §. 1. Inſtit. de l. Falcid.* Sic etiam ſumitur pecunia in l. Falcidia. Quicunque ciuis Romanus poſt hanc legem rogatam teſtamentum faciet, is quantam cuiq; ciui Romano pecuniam iure publico dare legare volet, ius poteſtaſque eſto *l. 1. ad l. Falcidiam.* In propoſitionibus noſtris pecuniam neque ſtrictiſsimè accipimus, neq; latiſsimè, ſed mediam ſignificationem amplectimur, & per pecuniã intelligimus, res, pondere, numero & menſura conſtantes. Sic creditoris verbũ ſtrictè accipimus, atq; ita credita pecunia, ſignificat pecuniam mutuam.

A L I V D.

Dicimus in mutui datione, dantem dominum eſſe oportere. Contra Filiusfamiliâs & ſeruus, nummos peculiares, quorum domini non ſunt, mutuò dare poſſunt. Ergò in mutui datione dans non ſemper eſt dominus. R. Hanc obiectionem mouet Iuriſconſultus *in l. 2. §. penult. h. t. n.* & reſpondendũ eſt hoc modo. Filiusfamilias & ſeruus non ſunt domini nummorum peculiarium. Hoc verum eſt. Quicquid enim filius peculij nomine apprehendit, id ſtatim pater eius poſsidet quamuis ignoret in ſua poteſtate eſſe filium *l. quicquid, de acquir. poſſeß.* Et quod acquirunt, qui in aliena poteſtate ſunt, confeſtim acquirunt ei, in cuius poteſtate ſunt, nec momento aliquo ſubſiſtit in perſona eorum per quos acquiritur

titur *l. placet, de acquir. heredit.* Et qui in aliena poteſtate ſunt, rem peculiarem tenent, non habent, nec poſsident, *l. poſſeßio. §. de acquir. hered. poſſeß.* Tenere proprium eſt naturalis poſſeſsionis. Habere, poſsidere, ciuilis. Hoc igitur dicit Iuriſconſultus, filiusfam. & ſeruus rem peculiarem tenent, hoc eſt corpore ſuo detinent. At non habent nec poſsident, hoc eſt opinione, cogitatione & animo domini rem peculiarem non poſsident, non ſunt domini rerum peculiarium ſed tantum detentores. Rectè tamen mutuo dant nummos peculiares, quia voluntate patris vel domini dare intelliguntur, & perinde eſt ac ſi pater vel dominus nummos peculiares mutuò darent, & ob id patri vel domino, condictio acquiritur. Ita Iuriſconſultus reſpondet in d. l. 2. §. penult. Id inquit tale eſt, quale ſi voluntate mea tu des pecuniam. His verbis Iuriſconſultus ſignificat filiumfamilias & ſeruum voluntate patris vel domini dare pecuniam, *quod etiam traditur in l. quod ſeruus. § final. de ſolution.* & ideò perinde eſſe ac ſi pater vel dominus ipſe daret, & actio patri vel domino acquiritur. Diximus filios & ſeruos non eſſe dominos nummorum peculiarium. At contra. Peculium eſt patrimonium filiorum & ſeruorum. §. *actiones autem, Inſtit. de action. l. 5. de peculio.* Ergò certè ſunt domini. R. Peculium non abſolutè dicitur patrimonium filiorum & ſeruorum ſed Iuriſconſultus in d. l. 5. vtitur particula quaſi, & Imperator particula veluti.

A L I V D.

Si tu des Titio meâ voluntate tuam pecuniam mutuo, mihi acquiritur actio ſiue condictio *l. 2. § pen. & l certi condictio. §. nec dubitari lib. 1.* At hic nummi mei non fuerunt. Ergò mutuũ contrahitur, licet nummi non fuerint eius cui acquiritur condictio. R. Cum tu das Titio mutuò tuã pecuniam mea voluntate, tua pecunia mea fieri, & à me per te ad Titiũ peruenire videtur, breui quadã manu, vt poſtea dicetur, ideoq; mihi acquiritur actio ſiue cõdictio ex mutuo. Ita vulgo reſpondent. Sed ego exiſtimo, ita reſpondendũ eſſe: cũ tu das Titio tuam pecuniam mea voluntate mutuo, tu mutuũ contrahis non ego, nec hic quicquid cõtra leges mutui fit. Tu enim dominus es pecuniæ, accipientẽ etiam dominum facis: & id agitur inter te & accipientẽ vt quantitas in eodem genere reſtituatur.

At ex hoc contractu non tibi acquiritur actio, ſed mihi condictio acquiritur.

A L I V D.

Si nummos meos tuo nomine dedero velut tuos, te abſente & ignorante tibi acquiritur condictio *l. certi condictio. §. ſi nummos h. tit.* At hic nummi mei, tui non fuerunt, tu tamen mutuum videris contraxiſſe, & ideò tibi condictio acquiritur. Ergò mutuum quis contrahit, licet dominus non ſit. R. Cum tu nummos tuos meo nomine das velut meos, ego per te dediſſe pecuniam atque ita mutuum contraxiſſe videor, & ob id acquiritur mihi condictio. Sed dices ego dedi nummos meos, te abſente & ignorante. Ergo tu non potes videri contraxiſſe mutuum, quia abſens & ignorans non potuiſti conſentire, & mutuum niſi inter conſentientes fieri non poteſt *l. ſi me & Titium h. t. n.* Eſt enim mutuum contractus, & contractus conſenſum deſiderant *l. 1. de pact.* & intelligitur ex definitione contractus infra tradita. R. Quamdiu ego abſum & ignoro, te tuos nummos, meo nomine mutuo dediſſe, mutuum non contrahitur, nec mihi condictio acquiritur. At vbi reſciui, te tuos nummos, meo nomine mutuo dediſſe, idq; ratum habeo, mei ex illo tempore quo tu nummos tuos meo nomine mutuò dediſti, videntur fuiſſe nummi, ideoque ego videor mutuum contraxiſſe, mihique condictio acquiritur. Ratihabitio retrotrahitur & confirmat ea quæ ab initio ſubſecuta ſunt *l. final. C. ad Senatuſconſultum Macedon. c. ratihabitionem, de R. I. in 6.* Sed dices per liberam perſonam poſſeſsio tantum nobis acquiri poteſt. *§. final. Inſtit. per quas perſon. nob. acquir. l. 1. & l. per procuratorem. C. de acquir. poſſeſſ. l. 1. C. per quas perſonas nobis acquir.* Non obligatio vel actio. Et quæcunque gerimus niſi ex noſtra perſona obligationis initium ſumant, inanem actum efficiunt *l. quæcunq; gerimus, de O. & A.* Inde videtur dicendum cum ego nummos meos tuo nomine do, tibi per me condictionem non acquiri. R. Per liberam perſonam nobis obligatio & actio non acquiritur, excepto hoc vno caſu, quando quis ſuos nummos noſtro nomine credit. Tunc enim nobis obligatio & actio ex mutuo acquiritur *l. certi condictio. §. ſi nummos h. t. n. l. 2. C. per quas perſon. &c. l. final. C. quando ex facto tutor. vel curator.* idq; propter frequentem vſum

pecuniæ

Digitized by Google

pecuniæ creditæ eſt receptum. *l. certi condictio. §. ſi nummos h. t. n. Propter Iuſtiniani conſtitutionem Tribonianus adiecit ad l. ſolutum. § per liberam, de pignor. action. plerumq́; non ſemper. Cuiacius in l. 16. C. de pignor. & hypoth.*

A L I V D.

Si tibi debitorem meum iuſſero dare pecuniam, mihi obligaris quamuis nummos meos non acceperis *l. ſingularia, h. t. n.* Ergò mutuum contrahitur licet pecunia à me ad accipientem non proficiſcatur. R. Cùm debitorem meum tibi iubeo dare pecuniam, pecunia mihi videtur data, & à me ad te profecta *d. l. ſingularia, in fin. h. t. n.* Et hic fingimus breuem quandam manum. Iuriſconſultis duplex eſt manus, Alia longa alia breuis. Longa manus eſt cum pecuniam mihi debitam, in conſpectu meo ponere te iubeo, tu enim ilicò liberaris, & mea incipit eſſe pecunia, eaque mihi quodammodo manu longà tradita exiſtimatur. Ita Iuriſconſultus loquitur *in l. pecuniam de ſolution.* Breuis manus meminit Iuriſconſultus *in l. licet, de iure dotium &c.* Debitori meo accepto tuli, dotis conſtituendæ gratia, nuptijs non inſecutis, non liberatur debitor, niſi ſic accepto tuli, vt velim mulieri in totum donatum, Tunc enim credendum eſt inquit Iuriſconſultus breui manu acceptum à muliere, & marito datum, cæterum mulieri per liberam perſonam condictio non acquiritur. Ita Iuriſconſultus loquitur *in l. licet, de iure dotium.* Notandum eſt quod Iuriſconſultus dicit, cum ego debitori meo, futuro marito, accepto fero, quia mulieri donatum volebam, tunc breui manu, pecuniam videri acceptam à muliere, & marito datam. Ideò breui manu hic vtimur, quia aliàs mulieri per me condictio acquireretur, quod eſſe non poteſt, cum per liberam perſonam condictio nobis acquiri non poſsit. Sic cum ego nummos meos, tuo do nomine, breui manu, nummos à te acceptos, & debitori datos, credendum eſt, quia aliàs tibi per me condictio acquireretur quod eſſe non poteſt. Videntur nummi à me ad te, & à te, ad debitorem tuum perueniſſe Nam celeritate coniungendarum inter ſe actionum, vna actio occultatur *l. 3. § fin. de donat. inter vir. & vxor.* Actio ibi non ſignificat ius perſequendi in iudicio. *§. 1. Inſtit. de action.* ſed ſignificat actum. Vna actio, hoc eſt, vnus actus occultatur, vt celeritate

Digitized by Google

quadam actus inter ſe coniungantur. Sic ergò vt ad propoſitum redeam, cum tibi debitorem meum iubeo dare pecuniam, breui manu vtimur, & debitor meus mihi dare videtur, & ego tibi dare videor. vna actio, celeritate coniungendarum inter ſe actionum occultatur.

ALIVD.

Dicimus mutuum non poſſe eſſe niſi pecunia proficiſcatur, quod nihil aliud eſt dicere, quàm mutuum re contrahi. At mutuum conſenſu contrahitur *l. ſi me & Titium. h. t. n.* Ergo non re. R. Non ſolum iſti contractus, qui conſenſu fieri dicuntur, vt emptio, venditio, locatio, conductio, ſocietas, mandatum, conſenſum requirunt, ſed etiam reliqui contractus qui re fiunt. Vt depoſitum re contrahitur, & conſenſum requirit. Mutuum re contrahitur, & requirit conſenſum, & in ſumma nullus eſt contractus, nulla obligatio quæ in ſe conſenſum non habeat *l. 1. de pact. & ita eleganter a Pedio ICto dictum eſſe, ICtus ibi affirmat* Quinimò ſtipulatio quæ verbis fit, conſenſum requirit, & ſi conſenſum non habeat, nulla eſt ſtipulatio, *d. l. 1. de pactis.*

At dices, quæ igitur eſt ratio quod ex contractibus, nonnulli contractus conſenſu dicuntur fieri? Rationem huius rei reddit Iuriſconſultus *in l. conſenſu, de Oblig. & actionibus.* Ideò inquit, in emptionibus, venditionibus, locationibus & conductionibus, ſocietatibus, mandatis, conſenſu dicimus obligationem contrahi, quia neq; verborum neque ſcripturæ vlla proprietas deſideratur, ſed ſufficit eos qui negotia gerunt conſentire. Vnde & inter abſentes talia contrahuntur veluti per Epiſtolam vel per nuncium.

ALIVD.

Cum do tibi credendi animo decem amphoras vini eá lege vt decem amphoras vini reddas, quantitas à me ad te proficiſcitur. Id etiam agitur, vt à te ad me viciſsim quantitas proficiſcatur. At hic mutuum non eſt contractum. Ergo mutuum non rectè definitur contractus quo quantitas datur, ea lege vt quantitas reſtituatur. Probo ſequenti ratione. Ex mutuo naſcitur certi condictio. At in propoſito exemplo, ex negocio inter me & te geſto, non naſcitur certi condictio. *l. vbi autem non apparet, de Verborum obligationibus.* Ibi dicitur, qui vinum, & frumentum ſine qualitate

dati

Digitized by Google

dati ſibi ſtipulatur, incertum deducit in obligationem. Ergo nec mutuum poteſt dici contractũ eſſe. R Diſtinguendum eſt inter ſtipulationem & mutuum, cum ſtipulor vinum vel frumentum puta 10. amphoras vini, vel decem modios frumenti, ſine qualitate, incertum deducitur in obligationem. At cum do decem amphoras vini mutuo, obligatio continet certum. Differentiæ ratio eſt. In ſtipulatione, in poteſtate, promiſſoris eſt, dare bonum vinum vel frumentum, vel mediocre vinum aut frumentum, vel optimum vinum & frumentum. Et cuiuſcunque generis aut bonitatis dederit vinum vel frumentum, liberatur. In mutuo, non eſt in poteſtate debitoris vel bonum, vel mediocre, vel optimum vinum vel frumentum dare vel reddere, ſed debitor obſtrictus eſt, vt eius bonitatis vinum vel frumentum reddat, cuius ipſe accepit *l. cum quid h. t. n. vbi dicitur cum quid mutuo dederimus, etſi non cauimus vt æque bonum nobis redderetur, non tamen licet debitori deteriorem rem eiuſdem generis reddere.* Hinc cum decem amphoras vini mutuo do, obligatio certum continet. At cum decem amphoras vini ſtipulor, ſtipulatio continet incertum.

I V. Poſitio.

Eſt autem mutuum contractus iuriſgentium, quo quantitas alicui datur, ea lege, vt quantitas in eodem genere reſtituatur.

A R G V M E N T V M I.

Quæ iuriſgentium ſunt, conſenſu perficiuntur *l. 1. §. vlt. de contrab. emption. ibi ICtus inquit, emptio iuriſgentium eſt, & ideò conſenſu peragitur.* Sed mutuum non perficitur, conſenſu, ſed re, nec poteſt eſſe mutuum, niſi pecunia proficiſcatur, vt in propoſitione tertia dicitur. Inde igitur videtur dicendum mutuum non eſſe iuriſgentium. R. Quod mutuum ſit contractus iuriſgentium, in ſpecie à Iuſtiniano traditum eſt *in §. ius autẽ gentiũ, Inſtit. de iure natural. gent. & ciuili. Ibi Iuſtinianus inquit ex hoc iure gentiũ omnes penè contractus ſunt introducti, vt emptio, vẽditio, locatio, cõductio, ſocietas, depoſitũ, mutuũ.*

Sic

Sic Iuriſconſultus *in l. ex hoc iure, de iuſtit. & iure* docet, omnes obligationes iuregentium inſtitutas eſſe. Et per obligationes intelligit contractus, vt Imperator noſter loquitur *in d. §. ius autem gentium. Inſtit. de iure natural. gent. & ciuil.* Vtitur autem Iuſtinianus particula penè. Omnes inquit contractus ex hoc iure gentium penè introducti. Et Iuriſconſultus *in d. l. ex hoc iure, de iuſtit. & iur.* Obligationes eſſe inſtitutas iuregentium, exceptis quibuſdam quæ à iure ciuili ſunt introductæ. Ideò Imperator vtitur particula penè & Iuriſconſultus dicit exceptis quibuſdam, quia quatuor ſunt contractus qui à iure Ciuili fuerunt introducti, ſtipulatio, donatio propter nuptias, literarum obligatio, & contractus Emphyteuticus. Mutuum igitur contractus eſt iuriſgentium. Non obſtat quod quæ iuriſgentium ſunt conſenſu perficiuntur. Nec enim Iuriſconſultus dicit, omnia quæ iuriſgentium ſunt, conſenſu perfici, ſed dicit emptio iuriſgentium eſt, & ideò conſenſu perficitur, volens ſignificare pleraque eorum quæ iuriſgentium ſunt, conſenſu perfici, ſed non omnia. Et ſic rectè argumentor, quæ conſenſu perficiuntur ſunt iuriſgentium. At hunc in modum non rectè argumentor, quæ iuriſgentium ſunt perficiuntur conſenſu. Hoc falſiſsimum eſt, quia depoſitum, commodatum ſunt iuriſgentium, & tamen non perficiuntur conſenſu, ſed re. Sic mutuum eſt iuriſgentium, & non perficitur conſenſu, ſed profectione pecuniæ.

ALIVD.

Contractus eſt vltro citroque obligatio. *l. Labeo, de V. S.* Sed in mutuo non naſcitur vltro citroque obligatio. Qui enim mutuo accipit, obligatur danti mutuo, At dans mutuo non obligatur accipienti. Igitur mutuum non eſt contractus. R. Ex contractibus alij ſunt, qui ex vtroque latere obligationem pariunt. Alij qui ex vno latere tantum. Prioris generis contractus Græci *συναλλάγματα δυπλευρα* poſterioris *μονόπλευρα* appellant. Et Iuriſconſultus *in l. Labeo, de Verborum ſignificatione.* Contractum definit qui ex vtroque latere obligationem parit. Eundem contractum definit Theophilus, in Inſtitut. *συνάλλαγμα ἐστὶ δύο ἢ καὶ πλειόνων εἰς τὸ αὐτὸ συνοδός τι καὶ συναίνεσις, ἐπὶ τὸ συνίστα-*

Digitized by Google

συνίςαθαι ἐνοχὴν, καὶ τὸν ἕτερον τῷ ἑτέρῳ ποιῆσαι ὑπεύθυνον. At non hoc tantum negocium, quod ex vtroque latere obligationem parit eſt contractus, ſed etiam negocium quod ex altero tantum latere obligationem producit, quale mutuum, itemque ſtipulatio. Nam & qui ſtipulatur, promittenti non obligatur, ſed promittens obligatur ſtipulanti.

ALIVD.

Iuſgentium eſt, quod naturalis ratio inter omnes gentes conſtituit. *§. ius autem ciuile, Inſtitut. de iur. natural. gent. & ciuili.* Sed naturalis ratio non conſtituit mutuum inter omnes gentes, quia non omnes gentes, mutuo vtuntur. Igitur mutuum non eſt iuriſgentium. R. Inter omnes gentes dicitur conſtitutum, quod apud maiorem & ſaniorem partem gentium conſtitutum eſt. Et ſic Theophilus illa verba interpretatur. Ius gentium inquit eſt, τὸ κατὰ πάντων ἀνθρώπων ἤγουν τῶν λελογισμένως βίουν ἐθελόντων, ἐπεκτεινόμενον, hoc eſt, quod ad omnes homines, aut certè eos qui ratione ſtudent viuere, extenditur. Et ab hac expoſitione, Conſtantinus Harmenopulus, alienus non eſt, qui libr. 1. Epitom. tit. 1. Iusgentium definit ᾧ τινι ἔθνος ἕν, ἢ ἔθνη χρῶνται τινά, hoc eſt quo gens vna, aut gentes quædam vtuntur. Licet igitur ſint quædam gentes, quæ mutuo non vtantur: tamen non ideò minus mutuum rectè dicitur iuriſgentium contractum eſſe.

ALIVD.

Definitio ita debet conſtitui, ne ſit anguſtior ſuo definito, aliàs vitioſa eſt *l. 1. de dolo malo.* Sed hæc definitio videtur eſſe anguſtior ſuo definito, quia conuenit tantum vni ſpeciei mutui, nempè mutuo quod pecuniæ numeratione conſtituitur. In hoc enim mutuo quantitas eà lege datur vt quantitas in eodem genere reſtituatur. Mutuo quod ex poſt facto veluti conſumptione conciliatur non conuenit, quia in hoc mutuo pecunia non datur, ſed traditur. Dare eſt dominium transferre *l. vbi autem non apparet. §. final. de verbor. oblig. §. ſic itaq; diſcretis. Inſtitut. de action. l. non videntur data, de R. I. Ibi Iuriſconſultus inquit, non videri data, quæ ita dantur*

V

tur vt accipientis non ſiant. Tradere eſt transferre poſſeſsionem, vt cum nummi alieni mutuo dantur, vel fur nummos credendi animo dat, nummi non rectè dicuntur dari, quia cum nummi dantium non fuerint, dominium eorum transferri non poteſt. Nemo enim plus iuris in alium transfert quàm ipſe habet *l. nemo, de R. I. l. traditio, de acquir. rer. domin.* Igitur definitio noſtra eſt vitioſa. R. Nego minorem. Nec enim definitio noſtra, vni tantum ſpeciei mutui conuenit, ſed vtrique. Non obſtat quod in mutuo, quod ex poſtfacto veluti conſumptione conciliatur, pecunia ſiue quantitas non datur ſed traditur. Nam cum nummi alieni dantur, vel fur nummos credendi animo dat, ipſa pecuniæ datione, mutuum non conſtituitur ſiue non contrahitur, quia pecunia accipentis non fit, vt in ſexta noſtra propoſitione dicitur. Conſumptione demum mutuum conciliatur, hoc eſt, cum pecunia conſumitur tunc mutuum fit, quod antea mutuum non erat, & lex in ipſa conſumptione fingit pecuniam accipientis fieri, dari, atque ita definitio mutui non minus conuenit mutuo, quod ex poſtfacto veluti conſumptione conciliatur, quàm mutuo quod pecuniæ numeratione conſtituitur. Conſumptione ſecuta, concurrunt habilia & neceſſaria mutui, quia dans fingitur fuiſſe dominus, ſicq; dans dominium in accipientem tranſtulit. Et quod hoc ſit verum probatur, quia conſumptione facta naſcitur condictio, quæ non oritur, niſi fiat de meo tuum, ſicque conſumptio ſubſecuta idem operatur quod dominij translatio à principio. *Ita poſt Albericum & Curtium tradit Cagnolus in l. 2. §. appellata, num. 36. h. t. n.* At dices, id quod noſtrum eſt, ſine facto noſtro ad alium transferri non poteſt, *l. id quod noſtrum, de R. I.* Igitur pecunia quæ mea eſt, quam tu mutuo dediſti, ſine facto meo ad alium non transfertur. R. Ad antecedens, quod noſtrum eſt ſine facto noſtro ad alium transferri non poteſt, verè ſcilicet, at fictè poteſt.

A L I V D.

Cum leges quantitatem nominant, nummos intelligunt, non alias res fungibiles, *vt patet ex l. 1. de pecun. legat. l. ſi ambo. de compenſat. l. ſi non ſinguli. C. ſi cert. petet. l. penult. de condict. indeb. atq; ita Zaſius tradidit lib. 1. ſingul. reſpons.* Ergo malè nos quantitatem acci-

accipimus etiam pro vino, oleo, frumento & ſimilibus. R Sæpè Iuriſconſulti & Imperatores cum quantitatem nominant, nummos tantum intelligunt, vt in ll. in contrarium adductis. Sæpè etiam quantitatis nomine, frumentum, oleum, & reliqua fungibilia, quæ pondere, numero & menſura conſtant, intelligunt, *vt in l 3 §. vltim. iuncta l. ideò, de eo quod certò loco l. ambitioſa, de decretis ab ordin. faciend. l vnica. C. de plus petit l. vnica. C. de ſententia quæ pro eo quod intereſt, l. ſi ex precio, in princ. C. ſi cert. petatur. Et grauiter lapſus eſt Zaſius, qui quantitatem tantum exiſtimauit dici nummos.*

A L I V D.

Zaſius ita argumentatur. Cum frumentum indebitè ſoluitur, frumento conſumpto, precium condicitur *l. in ſummo. §. in frumento, de condict. indebit.* Ergò frumentum non eſt quantitas, ſi enim eſſet quantitas, non precium ſed tantundem frumenti códiceretur. *l. quod indebitam, de condict. indebit.* quod indebitum ſoluitur per errorem aut ipſum aut tantundem repetitur inquit ICtus R. Ideò ibi precium repetitur & non frumentum, quod accipiens frumentum, bona fide id conſumpſit, & ſic tenetur tantũ, in quantũ locupletior factus eſt. Vnde ſi æſtimatio frumenti creuit, non tenetur reddere tantundem ne damno afficiatur, ſed ſatis eſt reddere precium. *Ita Molinæus reſpondet in extrica. labyrinthi, de diuiduis & indiuid. ſtipulation. part 2. n. 105.*

A L I V D.

Qui dat alicui Chirographum, & in eo profitetur, pecuniam mutuam ſe accepiſſe, poſt biennium non habet exceptionem non numeratæ pecuniæ *l. in contractib. C. de non numer. pecun.* ſed tenetur ex mutuo tenetur certi condictione At in hoc caſu, nulla quantitas fuit data. Igitur mutuum contrahitur licet quantitas nulla detur. R. Interpp noſtri duplex conſtituunt mutuum. Vnum naturale alterum Ciuile. Naturale mutuum vocant quando do tibi pecuniam ea lege, vt pecuniam mihi reſtituas. Ciuile, quando nulla re interueniente, poſt biennium, qui ſcripſit & confeſſus eſt ſe mutuam pecuniam accepiſſe, obligatur. Sed verius eſt, hoc caſu mutuum non contrahi, nec eum qui ſcripſit

Digitized by Google

ſe mutuam pecuniam accepiſſe, re obligari, ſed literis. *tot.tit.de literar. obligation. In Inſtitut.* Obligationis literarum, nuſquam Iuriſconſulti in ff. meminerunt ſicut videre licet ex l. 1. de O. & A. vbi Iuriſconſultus dicit obligationes ex contractu deſcendentes, aut re contrahi aut verbis, aut conſenſu. Obligationis literarum non meminit. Ratio eſt, quia exceptio non numeratæ pecuniæ, olim erat perpetua, atque ita nulla erat literarum obligatio. Imperatores poſtea exceptionem non numeratæ pecuniæ, fecerunt temporariam eaq; ante Iuſtinianum, intra quinquennium opponenda erat, hodiè ex conſtitutione Iuſtiniani opponenda eſt intra biennium, atque ita Imperatores literarum obligationem, veteribus Iuriſconſultis incognitam, introduxerunt.

ALIVD.

Mutuum repetitur certi condictione, quia certum eſt. At genus eſt incertum *l. in ratione 2. §. incerta, ad L. Falcid. l. cum incertus, de legat. 1.* Ergò in mutuo non id agitur vt idem genus reſtituatur. R. Vulgò ita reſpondent. Genus eſt incertum quoad petitionem, non quoad ſolutionẽ, certa namq; ſpecies ſolui debet. Sed nos rectius dicemus plus eſſe in concluſione quàm fuerit in præmiſsis. In præmiſsis dictum fuit, mutuum repeti certi condictione, Et genus eſſe incertum. Inde concluſio talis debebat ſequi. Ergò genus non petitur certi condictione, vt ſi homo debeatur, aut pecunia homo aut pecunia certi condictione peti non poteſt, idque eſt veriſsimũ. At concluſio ita formata eſt. Ergo in mutuo non id agitur, vt idem genus reſtituatur. Aliud eſt, in mutuo idem genus reſtitui, Longè aliud, genus repeti mutui actione ſiue condictione. In mutuo genus idem reſtituitur, hoc eſt pro eo quod mutuo datum eſt. debet reddi aliud quod ſit eiuſdem generis cum eo quod mutuo datum fuit. Vt ſi decem aurei Vngarici mutuo dati ſunt, debet idem genus reddi, decem aurei Vngarici non decem modij frumenti. Sic ſi decem modij hordei dati ſunt mutuo, non debent reddi decem modij auenæ, quia auena non eſt eiuſdem generis cum hordeo, ſed aliud genus eſt hordeum, aliud auena. Reddendi itaque ſunt decem modij hordei. Hoc eſt quod dicimus mutuo damus recepturi non eandem ſpeciem quam dedimus, ſed idem genus. Nec enim hoc volumus, quod qui decem aureos mutuo dedit, vel decem

Digitized by Google

cem modios frumenti, genus debeat repetere, & agere certi condictione hoc modo, peto aureos, peto frumentum. Hoc ineptè fieret. Nam & cum homo promiſſus eſt, quæ promiſsio generalis eſt, homo non petitur certi condictione, ſed actione ex ſtipulatu.

A L I V D.

Ex mutuo naſcitur certi condictio. Sed vino, hordeo, tritico, mutuo dato, non competit certi condictio, ſed condictio triticaria. Ergo vino, hordeo, tritico mutuo dato, non contrahitur mutuum. Minor probatur per l.1.de condictio.triticar. R. Ibi Iuriſconſultus confert inter ſe condictionem certi & triticariam. Vtraque eſt generalis & in hoc conueniunt. Cæterum per condictionem triticariam pecunia numerata non petitur. Condictione certi petitur. At non dicitur in d.l.1.ſolam pecuniam numeratam peti condictione certi. Quod dicitur peti pecuniam numeratam condictione certi, hoc tantum dicitur comparitione condictionis triticariæ qua non petitur pecunia numerata, ſed de non eſt inferendum tantum pecuniam numeratam peti condictione certi.

A L I V D.

Qui mutuo accepit decem aureos, eoſdem decem aureos poteſt reddere, ſi fortè pecunia poſtea non indigeat, atque ita Interpp. noſtri communiter tradunt & rectè. Ergo in mutuo non idem genus reſtituitur, ſed eadem ſpecies, quæ data fuit. R. Concedimus totum argumentum rectè intellectum. In mutuò, poteſt eadem ſpecies, quæ data fuit reddi, nec id in noſtra definitione negatur, ſed hoc tantum dicitur, inter contrahentes id agi à principio debere vt quantitas in eodem genere reſtituatur. Hoc cum agitur ab initio, mutuum contrahitur. Et licet poſtea euenire poſsit caſus, vt eadem ſpecies quæ mutuo data fuit reddatur, vt quia debitor pecunia non indigebat, nó propterea ex ſubſequenti ſolutione, contractus natura mutatur. Nam in contractibus initium ſpectamus non implementum.

A L I V D.

Contractus fit tantum inter conſentientes *l.1.de pact.* & oſtendit definitio contractus. At mutuum etiam inter ignorantes fit.

Digitized by Google

Probo. Nam ſi meos nummos tuo nomine dem mutuo, te abſente & ignorante fit mutuum, ideoque tibi acquiritur certi condictio. *l. certi condictio. §. ſi nummos h. t. n.* Ergò mutuum non eſt contractus. R. Quod dicitur mutuum me contrahere, ſi tu tuos nummos me abſente & ignorante, meo nomine des mutuo, hoc ita intelligendum eſt, ſi ego, poſtquam reſciui, te tuos nummos, meo nomine mutuo dediſſe, id ratum habui, Ex illo tempore, nummi tui videntur mei facti, & à me accipienti traditi, vt ſupra circa tertiam propoſitionem latius eſt expoſitum.

ALIVD.

Furioſus poteſt pecuniam mutuam dare *l. ſi à furioſo h. t. n.* At furioſus nullum negocium poteſt contrahere *l. in negotijs, de R. I.* quia furioſi nulla eſt voluntas, *l. patre furioſo, de his qui ſunt ſui vel alien. iur. l. furioſi, de R. I.* ſed furioſus continua mentis alienatione omni intellectu caret *l. Diuus Marcus. de offic. Præſid.* Igitur ſequitur mutuum contractum, non eſſe. R. Nego maiorem. Nec enim furioſus pecuniam mutuo dare poteſt Nam mutuum non contrahitur niſi inter conſentientes *l. ſi me & Titium h. t.* Furioſus non conſentit. Ergo &c.

At dices conſumptione mutuum conciliatur? R. Id quoque nego cum conſumptione mutuum conciliatur nummi in ipſa conſumptione videntur fieri dantis, & à dante in accipientem tranſire, & ſic dans & accipiens inter ſe contrahere videntur. At furioſus contrahere non poteſt cum pecunia conſumitur. Nam vt furioſus ante & poſt conſumptionem furioſus eſt: ita in ipſa conſumptione furioſus eſt, & idcircò contrahere non poteſt Nec poſſumus hic fictione aliqua vti, cum quod per rerum naturam impoſsibile eſt, fingi non poſsit. *§. minorem Inſtitut. de adoption.*

Rurſus dices, condictio tamen furioſo acquiritur *d. l. ſi à furioſo, h. t. n.* Ergò mutuum neceſſe eſt vt contrahat furioſus. R. Quod dicitur condictionem furioſo acquiri, non eſt accipiendum de condictione ex mutuo, ſed de condictione ſine cauſa, atque ita vulgò Interpp. quoque ſentiunt Quia omnis pecunia furioſi ſine cauſa apud accipientem eſt, ideò condictio furioſo acquiritur.

Digitized by Google

quiritur. Sed rurſus dices, condictio eſt actio in perſonam *l. actionum, de O. & A.* Actio autem in perſonam vel ex contractu deſcendit, aut quaſi, aut ex delicto, aut quaſi, *§. 1. Inſtitut. de action.* Hæc autem condictio qua furioſo acquiritur, non eſt ex delicto vel quaſi, quia qui pecuniam accepit à furioſo, putauit furioſum mentis compotem eſſe, idque nominatim proponitur *in d. l. ſi a furioſo.* Non igitur deliquit accipiens vel quaſi, ſequitur igitur condictionem eſſe ex contractu, & furioſum contraxiſſe. R. Non omnis actio in perſonam ex contractu eſt, vel quaſi, aut maleficio vel quaſi, ſed interdum actio in perſonam eſt ex proprio quodam iure ex varijs cauſarum figuris *vt loquitur Iuriſconſultus in l. 1. in princ. de O. & A.* vt actio ad exhibendum, in perſonam actio eſt *l. 3. ad exhibendum*, & tamen neque ex contractu eſt vel quaſi, neque ex maleficio vel quaſi. Sic actio quod metus cauſa, in perſonam actio eſt *§. præterea, Inſtitut. de action.* & tamen non deſcendit ex contractu vel quaſi, ex maleficio vel quaſi. Etenim plerumque datur actio quod metus cauſa etiam in eum qui metum non intulit, qui crimine caret *vt dicitur in l. item ſi cum exceptione, quod metus cauſſa.* Hæc condictio quæ furioſo datur, in perſonam actio eſt, ſed non eſt ex contractu vel quaſi, ſed ex bono & æquo, *d. l. ſi me & Titium h. t.* Et quia furioſi pecunia ad accipientem peruenit, eam furioſo reddi bonum & æquum eſt *d. l. ſi me & Titium h. t. n.* Et hæc vetus eſt Iuriſconſultorum definitio, quod ex non iuſta cauſa apud aliquem eſt, condici poteſt. *l. perpetuo, de condict. ob turpem cauſſ. d. l. ſi me & Titium h. t. n.*

ALIVD.

Dicimus in definitione quantitatem dari ea lege vt quantitas in eodem genere reſtituatur. Obſtat l. vinum h. t. n. Ibi vinum mutuo datum fuit, & vinum non repetitur ſed æſtimatio Ergò in mutuo non ſemper quantitas in eodem genere reſtituitur. R. In mutuo ſemper id agitur, vt quantitas in eodem genere reſtituatur, *Conſtat hoc clarè ex l. 2. h. t.* Is etiam qui vinum mutuo dedit, vinum petit, æſtimationem petere non poteſt, cum non ſit in obligatione. At plerumque qui vinum debet, aut oleum, frumentum, nec ſoluit, quanti vinum, oleum aut frumentum eſt,

officio

officio iudicis damnatur. Officio iudicis, vini, olei aut frumenti æſtimatio fit, & in æſtimationem illam reus damnatur. Indicat hoc Cicero in Frumentaria his verbis. Petiuit vt ſibi pro frumento, quanti frumentum eſſet, dare liceret, ex huiuſcemodi principio, atque ex liberalitate, atque accommodatione magiſtratuum, conſuetudo æſtimationis introducta eſt. Hæc Cicero. Idem indicat Iuriſconſultus Caius in l. final. de condict. triticar. *Vide l. ipſam & l quoties, de Verborum obligationibus.*

V. Poſitio.

Et eſt duplex mutuum, aliud enim ſtatim ab initio pecuniæ numeratione conſtituitur, aliud conſumptione demum conciliatur. Pecuniæ numeratione ſtatim ab initio mutuum contrahitur, cum nummi proprij dantur mutuo ab eo qui dandi ius habet. Conſumptione, cum nummi alieni vel etiam proprij, ab eo tamen qui dandi ius non habet, credendi animo dantur, iíque conſumuntur.

ARGVMENTVM I.

Mutuum ſtipulatione conſtituitur *l. 2. C. ſi cert. petet. Ibi tuam pecuniam meo nomine credidi, eamq; mihi reddi ſum ſtipulatus.* Hic numeratione pecuniæ, mutuum non eſt contractum quia alienæ pecuniæ datione mutuum non contrahitur, cum nummi accipientis non fiant. Stipulatione tamen mutuum conſtituitur, ideoq; mihi condictio competit, & vt Imperator Antoninus inquit, ſtipulando mihi ius obligationis quæſiui. Igitur malè nos duplex mutuum conſtituimus, & aliud pecuniæ numeratione contrahi dicimus, aliud ex poſtfacto conciliari. R. Veteres iuris Ciuilis Interpp. quos Zaſius & Corraſius etiam ſecuti ſunt, tradunt, ſtipulatione mutuum conciliari, ſicuti conſumptione nos dicimus mutuum fieri. Sed malè omninò à Dd. noſtris hoc traditur. Nec quicquam pro illis facit *d. l. 2. C. ſi cert. pet.* Ibi enim ſtipulatione mutuum non conciliatur, nec is qui alienam pecuniam mutuo dederat, ſtipulando pecuniam ſibi reddi, acquirit condictionem

ex mutuo, ſed habet certi condictionem ex ſtipulatu, non aliter quàm ſi ſuo nomine ſuam pecuniam creditam ſibi ſtipulatus fuiſſet *l. 6. & 7. de nouation. & delegation.* Huc referatur aliud argumentum ad finem huius propoſitionis poſitum.

ALIVD.

Mutuum ſtipulatione contrahitur. Pone enim rogaſti me & Titium mutuam pecuniam, Ego meum debitorem tibi promittere iuſsi. Tu ſtipulatus es, cum putares eum Titij debitorem eſſe. Hic mutuum non eſt contractum propter interuenientem errorem *l ſi me & Titium h. t. n.* Ergo videtur dicendum, quod remoto errore, ſi putaui, debitorem, tuum debitorem eſſe, erit mutuum, atque ita mutuum ſtipulatione contrahitur. R. Mutuum re contrahitur non ſtipulatione, quia mutuum non eſt niſi pecunia proficiſcatur *l 2. h t. n.* At per ſtipulationem, poſſum aliquem obligare, vt mutuam mihi credat pecuniam, & alius eſt contractus ſtipulatio, longè alius, mutuum.

ALIVD.

Mutuum non poteſt eſſe, niſi de meo fiat tuum, vt prima noſtra propoſitio habet, & definitio mutui oſtendit. Sed conſumptione nummi alieni, non fiunt tui, quia nec mei fuerunt. Igitur conſumptione mutuum non fit, nec conciliatur. R. Nego minorem. Conſumptione enim, nummi alieni, tui fiunt, iiq; mei etiam fuiſſe videbuntur. Ita in nona noſtra propoſitione dicitur, *ex l. non. omnis. § ſi pupillus, de reb. credit.* Si inquit Iuriſconſultus pupillus ſine tutoris authoritate crediderit, conſumpta pecunia condictionem habet, hoc eſt ſi pupillus crediderit pecuniam ſine tutoris authoritate, mutuum non contrahit. Ratio eſt quia pecuniam non facit accipientis. *Ita à Iuſtiniano traditum eſt in §. nunc admonendi ſumus. Inſtitut. quibus alien. licet vel non.* Nunc admonendi, inquit Iuſtinianus ſumus, neque pupillum neq; pupillam vllam rem ſine tutoris authoritate alienare poſſe. Ideoque ſi mutuam pecuniam dederit alicui ſine tutoris authoritate, non contrahit obligationem, quia pecuniam non facit accipientis. Quod ſi pecunia, quam pupillus alicui credidit, fuerit conſumpta tunc pupillus condictionem habet *d. l. non omnis. § ſi pupillus, de rebus credit.*

Digitized by Google

dit. quod etiam à Iuſtiniano traditum eſt *in d. §. nunc admonendi, Inſtitut. quibus alien. licet vel non.* Condictionem habet, hoc eſt, tunc mutuum cenſetur contractum, vbi pecunia conſumpta eſt, & ideò conſumpta pecunia, pupillus habet condictionem certi ex mutuo. Subijcit Iuriſconſultus rationem. Non alia inquit ratione hoc fit, quàm quod facto eius intelligitur pecúnia ad eum qui accepit perueniſſe. Peruenire ad aliquem dicitur illud, quod eſt remanſurum, *l. aliud eſt capere, de V. S.* hoc eſt quod proprium factum eſt alicuius, quod in alicuius dominium tranſiuit, manet. Et pupillus ſine tutoris authoritate credita pecunia, eaque conſumpta, habet condictionem ex mutuo, quia pecunia ad debitorem peruenit, hoc eſt, propria eius facta eſt, & in ipſius dominium tranſiuit. Hoc autem inquit Iuriſconſultus contigit facto pupilli, hoc eſt pupillus effecit ſuo facto, quod tradidit pecuniam, vt debitor dominium conſequeretur vt pecunia ad ipſum perueniret. Dare ſiue tradere eſt facti. Inquit Iuriſconſultus, facto eius intelligitur pecunia ad illum perueniſſe. Notandum eſt verbum intelligitur, quo Iuriſconſultus ſignificat pupillum ſuo facto, hoc eſt, quod pecuniam tradidit, verè non effeciſſe vt debitor dominium conſequeretur, quia pupillus ſine tutore nihil alienare poteſt, ſed tamen pupillum intelligi poſtquam pecunia conſumpta eſt traditione pecuniæ effeciſſe, vt pecunia ad debitorem perueniret, & debitoris fieret. His igitur verbis, facto eius intelligitur pecunia ad eum qui accepit perueniſſe, Iuriſconſultus ſignificat, iuris poteſtate, pupillum, qui nihil alienare poteſt ſine tutore, pro eo haberi, ac ſi cum tutoris authoritate alienaſſet, & idcircò peruenit pecunia etiam ad illum qui accepit, hoc eſt, eius efficitur. Sic quando pecunia aliena, mutuo alicui datur, eaq; conſumitur, ex poſtfacto mutuum conciliatur conſumptione pecuniæ, quia facto dantis ſiue tradentis, intelligitur pecúnia ad eum, qui accepit perueniſſe, hoc eſt, ideo mutuum conciliatur conſumpta pecunia, quia nummi intelliguntur eius qui tradidit, fuiſſe, & ideò perueniunt nummi ad eum qui accepit, hoc eſt accipientis fiunt.

Ad dices, qui facit non dat. Hinc ſtipulationes quæ in dando conſiſtunt, opponuntur ſtipulationibus quæ conſiſtunt in faciendo.

cien-

Digitized by Google

ciendo *l. 2. de Verbor. obligat.* Ergò ex eo quod facto noſtro ad aliquem pecunia peruenit non rectè colligitur, pecuniam à nobis accipienti eſſe datam. R. Propriè non dicitur pecuniam eſſe datam à nobis, ſed fingitur data, vbi pecunia eſt conſumpta. Deinde verbum facere non tantum traditionem ſignificat, ſed etiam dationem, *l. verbum facere, de Verbor. ſignificat.*

A L I V D.

Mutuum ex poſtfacto conciliatur vſucapione. Verbi gratia, dedi tibi nummos alienos mutuo, hic mutuum non contrahitur, quia nummi nec mei ſunt, nec tui efficiuntur. Tu nummos iſtos vſucepiſti, hoc caſu nummi tui fiunt, ideoq; mutuum conciliatur, egoq; condictionem ex mutuo acquirò *argumento l. ſi rem alienam, de mortis cauſa donation.* Ergo malè nos conſumptionis tantū mentionem facimus. R. In quinta propoſitione non abſolutè dicimus, ex poſtfacto conſumptione mutuum conciliari, ſed addimus particulam veluti, quæ exempli cauſa ponitur, ſicuti in tertia noſtra propoſitione, ad finem eadem particula, exempli cauſa poſita eſt, *ex l. 3. § final h. t. n.* Verbis inquit Iuriſconſultus credimus quodam actu ad obligationem comparandam interpoſito, veluti ſtipulatione. Ideò inquit veluti ſtipulatione, quia verborum obligatio, non tantum ſtipulatione contrahitur ſed etiam alijs modis, nempè dictione dotis & iureiurando liberti, iurantis ſe operas, donum, munus patrono daturum, vt Caius in Inſtitutionibus ſuis doctè explicat. Non tantum igitur conſumptione ex poſtfacto mutuum conciliatur ſed etiam vſucapione, & ita Zaſio & alijs, Hugoni quoque Donello & Cagnolo viſum eſt. Sic mutuum ex poſtfacto conciliatur mixtione nummorum. Si enim accipiens nummos alienos, eos miſcuerit, ita vt diſcerni non poſſint, nummi accipientis fiunt *l. ſi alieni nummi 78 de ſolution.* Notandum eſt quod Iuriſconſultus inquit, nummos accipientis fieri, hoc eſt, quod alibi dicitur, nummos ad accipientem perueniſſe. Et quia nummi alieni mutuo dati, vbi alijs mixti ſunt accipientis fiunt, idcircò mixtione facta mutuum conciliatur.

A L I V D.

Quod initio vitioſum eſt, tractu temporis non conualeſcit aut

non confirmatur. Hæc regula Catoniana eſt, *tot. tit. de regula Caton. l. quod initio, de R. I.* Sed cum nummi alieni mutuo dantur, mutuum ab initio vitioſum eſt. Ergo videtur dicendum quod tractu temporis, conſumptione ſcilicet, non conualeſcat. R. Primum ad maiorem. Regula Catoniana propriè ad legata & vltimas voluntates pertinet, non etiam ad contractus. Deinde ad minorem. Minorem nego. Nam cum nummi alieni mutuò dantur, mutuum ab initio non eſt vitioſum, ſed potius nullum, & vt dicitur in ſexta noſtra propoſitione, mutuum ab initio non contrahitur. Itaque qui accepit nummos danti non tenetur *l. nam etſi fur. §. 1. h. t.* Fideiuſſor quoque non obligatur *l. ſi quis pro eo. §. ſi nummos. de fideiuſſorib.* vnde perſpicuum fit, accipientem nummos alienos mutuo, neque naturaliter neque ciuiliter obligatum eſſe. Nam ſi vel naturaliter obligaretur fideiuſſor pro eo teneretur *l. fideiuſſor obligari, §. fideiuſſor, de fideiuſſor.* Cum igitur nummis alienis mutuò datis, mutuum non contrahatur, non poteſt dici conſumptione mutuum conualeſcere, aut confirmari. Conſumptione non conualeſcit mutuum, ſed primum conſtituitur, ideoque conſumpta pecunia, naſcitur condictio ex mutuo, & fideiuſſor obligatur *d. l. ſi quis pro eo. §. ſi nummos, de fideiuſſor.*

ALIVD.

Mutuum re contrahitur. Ergo non conſumptione. R. ad antecedens, cum dicimus mutuum re contrahi, hoc dicimus mutuum non poſſe eſſe niſi res intercedat, niſi pecunia proficiſcatur vt in tertia propoſitione dicitur. Et ideò ſi decem tibi dedi vt vndecim debeas, decem tantum mutua erunt, & amplius quàm decem condici non poſſunt. *l. rogaſti §. ſi dedero tibi decem, h. t. n.* Similiter ſi tibi decem dedi mutuò, vt 20. mihi debeantur, non naſcitur obligatio vltra decem. Re enim non poteſt obligatio contrahi, niſi quatenus datum eſt *l. ſi tibi decem, de pact.* Res autem intercedit, non ſolum cum nummi numerantur ſiue dantur, ſed etiam cum nummi conſumuntur. Verum quia nummis alienis mutuo datis, mutuum ſtatim non eſt cum pecunia numeratur, ſed cum conſumitur, ideò conſumptione dicitur mutuum fieri, non quod re non cotrahatur, ſed quod ſtatim mutuum non eſt cum res datur, ſed demum ex poſtfacto cum pecunia conſumitur.

ALIVD.

Digitized by Google

ALIVD.

Origo rei debet inſpici, quia origo eſt potiſsima pars cuiuſque rei *l.1.de origine iur.* Origo autem pecuniæ creditæ eſt numeratio, non conſumptio. Et ex numeratione naſcitur conſumptio *d.l.ſi quis pro eo, de fideiuſſorib.* Si enim nummi numerati non eſſent, non poſſent conſumi. Ergo numeratio debet inſpici non conſumptio, & ſic per conſequens nummis alienis mutuo datis ijſque conſumptis, dici debet mutuum numeratione contractum eſſe non conſumptione. R. Ad maiorem. Origo rei debet inſpici, ſi inſpecta origine rei, res plana, aperta & clara ſit euaſura, aliàs ſecus eſt. At in mutuo ſi ſemper inſpiceremus originem rei hoc eſt numerationem, res non eſſet plana, aperta & clara euaſura, quia ſtatim numerata pecunia, diceretur mutuum contractum quod verum non eſt. Quamuis igitur mutui etiam illius quod ex poſtfacto conciliatur, origo ſit numeratio. tamen origo illa non conſideratur ſed potius conſumptio.

ALIVD.

Dicimus nummis alienis mutuo datis, conſumptione mutuum conciliari. Contra. Etiam cum nummi extant, competit condictio *l. indebiti. §. ſed etſi nummi, de condiction. indebit.* Sed etſi inquit Iuriſconſultus nummi alieni dati ſint, competit condictio. Ecce hic nulla conſumptionis ſit mentio. Ergò cum nummi alieni mutuo dantur, mutuum contrahitur, licet nummi non conſumantur. R. Qui nummos alienos mutuo dedit, etiam ante conſumptionem habet condictionem incerti, per quam poſſeſſio condicitur. Poſſeſsionem enim tranſtulit in accipientem. Hanc condicere poteſt *d. l. indebiti. §. ſed etſi nummi, de condiction. indebit.*

ALIVD.

Si furioſus det pecuniam mutuo, eaque conſumatur, mutuum ex poſtfacto non conciliatur. Nec enim furioſo condictio ex mutuo acquiritur, ſed condictio ſine cauſſa, vt ſuprà latius eſt dictum *l. ſi à furioſo h.t.n.* Malè igitur nos dicimus conſumptione mutuum conciliari. R. Mutuum conſumptione conciliatur ſi modò in eo qui dedit pecuniam mutuo, cum dandi ius non haberet

ſit voluntas & conſenſus. Vt in pupillo eſt voluntas, & poteſt pupillus conſentire. Ideoque pupillus tutore authore, omnia rectè agit. *l. in negotijs, de R. I.* Sic in fure & quouis alio qui alienam pecuniam dedit mutuo, eſt voluntas, & fur ac quiuis alius qui alienam pecuniam dedit poteſt conſentire. At furioſi, nulla eſt voluntas *l. furioſi, de R. I.* nec poteſt furioſus conſentire. Hinc fit, quod conſumpta pecunia quam furioſus quaſi mutuam dedit, conſumptione mutuum non conciliatur.

ALIVD.

Si fur rem alienam quam furto ſubtraxit alicui commodauerit, ſtatim commodatum contrahitur, *l. ita vt etſi fur. Commodat.* Sic ſi fur, rem furtiuam deponat, ſtatim depoſitum contrahitur *l. 1. §. ſi prædo & l. bona fides, depoſit.* Si fur rem furtiuam pignori dedit, ilicò pignus eſt conſtitutum *l ſi pignore §. ſi prædo, de pignorat. action.* Ergò videtur dicendum, mutuum etiam contrahi ſtatim vbi fur, furtiuam pecuniam credendi animo alicui dedit, licet conſumpta non fuerit. R. Reliqui contractus qui re perficiuntur, ſtatim ſubſiſtunt re aliena vel furtiua tradita. At ſecus eſt in mutuo. Differentiæ ratio eſt, in reliquis contractibus, qui re fiunt, dominium non transfertur. Ergò ſtatim ſubſiſtunt re tradita. At in mutuo dominium à dante in accipientem transferri neceſſe eſt. Hoc non poteſt fieri cum res aliena vel furtiua mutuo datur, quia dans dominus non eſt, & nemo plus iuris in alium transfert, quàm ipſe habet. *l. nemo, de R. I. l. traditio, de acquir. rer. dominio.* Ergò ab initio mutuum non contrahitur, ſed tunc demum cum pecunia conſumpta eſt.

VI. Poſitio.

Si ergò nummi alieni mutuo dati fuerint, vel fur nummos credendi animo dederit, vel pupillus ſine tutoris auctoritate, vel furioſus, vel ſeruus fugitiuus, vel alius cui peculij adminiſtratio conceſſa non eſt, pecunia accipientis non fit, & proinde nec mutuum ab initio contrahitur. Conſumptione tamen mutuum conciliatur.

Et

VII.

Et idcirco, qui alienos nummos mutuos dedit, ijs conſumptis, habet condictionem. Nam omninò qui alienam pecuniam credendi cauſa dat, conſumpta ea, habet obligatum eum qui accipit.

VIII.

Fur quoq; conſumptis nummis habet condictionem.

IX.

Itemq; pupillus non alia ratione, quàm quod facto eius intelligitur ad eum qui accepit, perueniſſe. Quapropter ſi eandem pecuniam is qui in creditum accepit, alij porrò in creditum dederit, conſumpta ea, & ipſe pupillo obligatur, & eum cui dederit, obligatum habebit.

X.

Et furioſo, pecunia in rem accipientis verſa, condictio acquiritur. Nam ex quibus cauſis ignorantibus nobis, actiones acquiruntur, ex ijſdem etiam furioſo acquiri poſſunt.

XI.

Nummis deniq;, quos ſeruus fugitiuus vel alius cui peculij adminiſtratio conceſſa non eſt, credidit ſine dolo malo conſumptis, dominus eos condicere poteſt.

ARGVMENTVM I.

Dicimus ſeruo credente pecuniam, mutuum conſumptione conciliari. Contra. Cum ſeruus nummos peculiares mutuò dat, ſtatim fit mutua pecunia etiam antequam nummi conſumantur. Sic enim ICus inquit, cum ſeruus dat nummos peculiares obligat accipientem *l. 2. § pen. h. t.* Et in l. rogaſti §. ſi fugitiuus h. t. ICtus inquit ſi ſeruus crediderit pecuniam, mutua erit. Ergò malè nos dicimus mutuum primum conſumptione conciliari. R. Nos loquimur de ſeruo qui contra Domini voluntatem pecuniam credidit. Hic pecuniam non facit accipientis, ideoq; nec mutuum contrahitur ſtatim, ſed tunc demũ cum nummi conſumpti fuerint. In

legibus

Digitized by Google

legibus in contrarium adductis agitur de ſeruo, qui domini voluntate credidit *d.l.2.* & cui peculij adminiſtratio fuit conceſſa *d.l.rogaſti.§ ſi fugitiuus h.t.n.* Is ſeruus credendo pecuniam, facit pecuniam mutuam.

ALIVD.

Quoties per eum qui poteſt aliquid implere ſtat, quo minus fiat, perinde habetur, ac ſi factum eſſet *l. iure ciuili, de condit. & demonſtrat. l. in iure ciuili, de R. I.* Sed per eum qui alienam pecuniam mutuo accepit, ſtat, quo minus eam conſumat. Ergo perinde haberi debet, ac ſi pecunia eſſet conſumpta, & ſic per conſequens etiam extante adhuc aliena pecunia, erit mutuum, & condictio danti competet. R. Hoc argumentum eſt Accurſij in l. nam etſi fur, in verbo conſumpſeris h.t.n. Sed malè Accurſius ita argumentatur. Nihil enim ei imputari poteſt qui alienis nummis inuito domino non vtitur.

ALIVD.

Conditio ſcindi non poteſt, ſed totum quod in conditione eſt, eſt implendum *l. cui fundus, de condition. & demonſtration.* Cui inquit Iuriſconſultus fundus legatus eſt ſi decem dederit, partem fundi conſequi non poteſt, niſi totam pecuniam numeraſſet. Sed Iuriſconſulti ſub hoc titulo noſtro docent, dari condictionem, ſi nummi ſint conſumpti *l. rogaſti. §. final. l. nam etſi fur, ibi, ſi eos conſumpſeris, h.t.n.* Item vtuntur ablatiuis abſolutis, conſumptis nummis *d.l. nam etſi fur. h.t.n.* & ablatiui abſoluti, conditionem faciunt. vt communiter Dd. tradunt. Videtur igitur dicendum, parte nummorum conſumpta, condictionem non poſſe competere, ſed tunc demum condictionem dari, cum tota conditio fuerit impleta, hoc eſt cum omnes nummi fuerint conſumpti. R. Qui dat nummos alienos mutuo, id agit, vt mutui fiant omnes nummi, omnibus conſumptis, vel vt pars tantum mutua fiat, parte nummorum conſumpta.

ALIVD.

Dicimus nummis conſumptis, furem condictionem habere. At obſtare videtur quod nummis conſumptis, domino actio furti competit *l. ſi alieni nummi, de ſolution. & liberation.* Ergo ſi fur

tenetur

Digitized by Google

tenetur actione furti, videtur dicendum, furem condictionem non habere R. Non ſequitur fur tenetur actione furti, Ergò fur, conſumptis nummis non habet condictionem. Hoc inquam non ſequitur. Nam & fur deponens rem furtiuam depoſiti agit rectè. *l.1.§.ſi prædo, depoſ. l.bona fides, depos.* Et tamen fur tenetur furti actione. Sic fur ſi commodauerit, habet commodati actionem, *l.Ita vt etſi fur, Commodat.* & tamen tenetur nihilominus actione furti. Sic cum fur aut prædo, rem pignori dat, competit ei pignoratitia actio, *l.ſi pignore. §.ſi prædo. de pignoratit. action.* Et tamen fur tenetur furti actione.

XII. Poſitio.

Mutuo dare poſſunt, qui dominium & liberam rerum ſuarum adminiſtrationem habent, niſi quibuſdam nominatim hoc interdictum ſit.

XIII.

Vt Præſidibus Prouinciæ. Principalibus enim conſtitutionibus cauetur, ne hi qui prouinciam regunt, quiúe circa eos ſunt, negotientur, mutuamúe pecuniam dent, fœnuſque exerceant.

XIV.

Præſidis tamen prouinciæ officiales, quia perpetui ſunt, mutuam pecuniam dare & fœnebrem exercere poſſunt.

ARGVMENTVM I.

Filiusfamiliâs & ſeruus, nummos peculiares dant mutuo, ſtatimque ab initio mutuum contrahunt *l. 2. §. penult. verſic. nec obeſt h. t.* At filiusfamilias & ſeruus non ſunt domini nummorum peculiarium, vt ſupra latè eſt dictum. Igitur etiam illi qui domini non ſunt, mutuo dare, ſtatimq; ab initio mutuum contrahere poſſunt. R. Cum filiusfamilias & ſeruus, dant mutuo nummos peculiares, non tam ipſi dare videntur, quàm pater & domi-

Digitized by Google

dominus. Ideoque ſtatim ab initio mutuum contrahitur, ſicuti ſuprà latius expoſitum eſt.

A L I V D.

Præſidi prouinciæ interdictum duntaxat eſt, ne fœnus agitet *l. 3. C. ſi cert. petat. Eos inquit Imperator, qui officium adminiſtrant neq; per ſe, neq; per ſuppoſitas perſonas tempore officij ſui, in prouincia fœnus agitare poſſe, ſæpè reſcriptum eſt. Agitare fœnus, eſt pecuniam mutuam dare ſub fœnore, ſiue vſura.* Igitur præſes prouinciæ poteſt mutuam pecuniam gratuitam dare. R. Imperator in l. 3. C. ſi cert. petat. interrogatus de eo, an præſes prouinciæ poſſet fœnus agitare, reſcripſit præſidem hoc facere non poſſe. Enatum eſt hoc reſcriptum ad propoſitam facti quæſtionem, ſicuti omnes leges Codicis ex re, hoc eſt, facti quæſtione, natæ ſunt, & idcirco ad priuatos etiam diriguntur, vt ex inſcriptione legum videre licet. At inde non rectè colligitur; Præſidem, mutuam pecuniam dare poſſe. Sicuti præſes prouinciæ, non poteſt fœnus agitare ſiue vt Iuriſconſultus loquitur fœnus exercere: ita quoque non poteſt pecuniam mutuam dare. Mutuum, ſua natura eſt gratuitum. Et ideò ſi tibi decem dedi, vt vndecim debeas, non niſi decem debes *l. rogaſti. §. ſi tibi dedero, h. t. l. ſi tibi decem, de pact.* Ideo autem Præſes prouinciæ non poteſt mutuam pecuniam dare, fœnus non exercere, ne poteſtate ſumma quam habet, abutatur, & à prouincialibus aliquid exprimat & extorqueat, voluerunt Imperatores, tanquam ſapientiſsimi legumlatores, rapinis & prædationibus magiſtratuum occurrere. Hac ratione prohibetur præſes prouinciæ negotiari *l. principalibus. hoc titulo noſtro*, prohibetur prædia emere in eadem prouincia quamdiu ibi officium adminiſtrat *l. qui officij, de contrah. emption. l. non licet. Eod. ibi dicitur eum rem amittere, & in quadruplum conueniri poſſe.* Non poteſt donum vel munus accipere *l. ſolent. §. final. de offic. procons.* non domum extruere in prouincia quam adminiſtrat *l. vnic. C. de contract. iudic.* non nauem ædificare in eadem prouincia *l. aufertur. §. quod à præſide, de iure fiſci.* Sic prouinciæ præſes, quamdiu in prouincia eſt, in prouincia illa vxorem ducere non poteſt, quia ratio potentatus nuptias prohibet, *l. præfectus. de ritu nuptiar.* Imo qui in prouin-

Digitized by Google

prouincia officium aliquod gerit, prohibetur etiam conſentire filio ſuo vxorem ducenti *l. qui in prouincia, de ritu nuptiar.*

ALIVD.

Officiales præſidis prouinciæ poſſunt mutuam pecuniam dare, & fœnebrem exercere, *l. præſidis h. t. n.* vt in noſtris propoſitionibus dicitur. Ergo cum miniſtris Præſidis hoc liceat, multò magis ipſi præſidi licere debet. R. Officiales præſidis prouinciæ poſſunt mutuam pecuniam dare, & fœnus exercere, quia perpetui ſunt. Hac ratione vtitur Iuriſconſultus in l. Præſidis h. t. hoc eſt perpetuò manent in prouincia, & ſingulis quibuſque præſidibus ad tempus parent, *l. 59. C. Theo. de appellat.* Præſes namque prouinciæ apparitores ſiue officiales, ſecum non ducebat, ſed ſumebat eos ex prouincia in qua erant certi & ſtatuti apparitores Præſidum. Si ergò illis non liceret mutuum dare & fœnerari, in perpetuum illis, ratione officij quod perpetuum eſt, interdiceretur commercio mutui, quo maximè hominum natura indiget. Præſes autem prouinciæ perpetuus non eſt, non manet perpetuò in prouincia. Præſidi itaque prohibitum eſt mutuum dare & fœnus exercere, non officialibus eius aut apparitoribus.

ALIVD.

Præſes prouinciæ mutuam pecuniam poteſt ſumere *d. l. præſidis h. t.* Ergo poteſt etiam dare. Nec videtur hic eſſe vlla diuerſitatis ratio inter ſumptionem & dationem. Sicuti dando poteſt aliquid exprimere & extorquere à prouincialibus. Ita etiam ſumendo. R. Verum eſt, quod tam ſumendo, quàm dando, præſes prouinciæ aliquid extorquere poteſt. At in eo ſolo non eſt ſubſiſtendum, ſed vlterius eſt progrediendum & videndum, ne ſubſidium inopiæ præſidi prouinciæ auferatur. Auferetur autem præſidi prouinciæ inopiæ ſubſidium ſi præſidi non liceret ſumere mutuam pecuniam. Sumere ergò poteſt præſes prouinciæ mutuam pecuniam, etiam fœnebrem *vt dicitur in d. l. præſidis. h. t.* At dare mutuam pecuniam non poteſt nec fœnus exercere,

ALIVD.

Hominis eſt hominem beneficio afficere *ita Papinianus loquitur*

Digitized by Google

quitur in l. ſeruum ea lege, de ſeruis exportand. At qui pecuniam mutuam dat, beneficio afficit hominem. Ergò nemini interdicendum quo minus mutuam pecuniam dare poſsit.

Item quod honeſtè fit & liberaliter, id maximè decet magiſtratus. Sed mutuum dare, honeſtum eſt & liberale. Ergo hoc maximè decet ſummum Magiſtratum, præſidem prouinciæ. R. Romani voluerunt, vt Præſes prouinciæ, qui ſummum in prouincia magiſtratum obtinet, incorruptè ſe gereret, ſibiq; ab omnibus concuſsionibus & rapinis temperaret. Ideoque prohibuerunt, ne præſes prouinciæ mutuam pecuniam daret, vt hac ratione omnis anſa præcideretur concuſsionibus & prædis atque auaritiæ Magiſtratuum.

A L I V D.

At filius DEI præcipit vt mutuum demus. Mutuum inquit date, nihil inde ſperantes. Contra præceptum igitur filij DEI fit cum Præſidi prouinciæ interdicitur, ne mutuam pecuniam det. R. Fieret contra præceptum diuinum, ſi mutui datio in vniuerſum prohiberetur. At non prohibetur in vniuerſum, ſed ex grauiſsima duntaxat cauſa conſtitutum eſt, ne Præſes prouinciæ poſſet mutuam pecuniam dare.

A L I V D.

In l. vnica. C. de contract. iudic. permittitur Magiſtratibus vt emere res mobiles & immobiles poſsint, itemque domos extruere. Ergo permiſſum quoque eſt Magiſtratibus vt mutuum dare poſsint, & ſic per conſequens etiam Præſides prouinciarum poſſunt mutuum dare. R. In l. vnic. C. de contract. iud. Iudicum nomine Magiſtratus intelliguntur. Nam in d. l. vnica, Iuſtinianus de Magiſtratibus vrbanis & prouincialibus agit. Vrbanis permittit vt ex reſcripto Principis emere & proprias ædes ædificare poſsint, non etiam donationem accipere, quæ tamen ſi facta fuerit, poſt depoſitam adminiſtrationem confirmatur, vel ratihabitione donatoris, vel ſilentio quinquennij. Prouincialibus autem non permittit, ne ex reſcripto quidem Principis emere vel domum ædificare aut nauem, multò minus donatum ſuſcipere. Differentiæ ratio eſt, quod maior eſt in prouincijs

Præ-

Digitized by Google

Præſidibus graſſandi copia ſi ſua poteſtate abuti velint, quàm magiſtratibus in vrbe, & idcircò magiſtratus prouinciales, durioribus legum vinculis cohercentur. In prouincias item mittuntur exteri & incogniti prouincialibus. In vrbe ferè ciues aut incolæ Magiſtratus capeſſunt. *Cuiac. in notis.* Ex his intelligitur, non rectè colligi ex d. l. vnica. C. de contract. iud. præſidem prouinciæ mutuam pecuniam dare poſſe.

ALIVD.

Tutores pecuniam pupillarem poſſunt credere, & tamen non ſunt domini pecuniæ pupillaris *l. 2. C. quando ex facto tutoris &c.* Ergo & qui domini non ſunt, pecuniam mutuam dare poſſunt? R. Tutores domini quidem non ſunt. ſed quod ad prouidentiam pupillarem attinet, domini loco habentur *l. tutor. de adminiſtr. & periculo tutor.*

At dices ex mutuo datur certi condictio. At quando tutores pecuniam pupillarem credunt, pupillis non datur certi condictio, ſed vtilis actio, Ergo mutuum non contrahitur. R. Aut tutores pecuniam pupillarem credunt nomine pupilli, & tunc pupillo acquiritur certi condictio *l. final. C. quando ex facto tutor. &c.* Aut ſuo nomine credunt pecuniam pupillarem & tunc ipſis acquiritur certi condictio, & pupillo datur vtilis actio *d. l. 2. C. quando ex facto tutoris vel curatoris &c.* Sic ſi quis militis pecuniam crediderit ſuo nomine non militis, militi datur vtilis actio *l. ſi pecuniam, de rebus credit. &c.*

ALIVD.

Officiales non poſſunt mutuam pecuniam dare *l. 1. C. de ijs qui ex publicis rationibus mutuam pecuniam acceperint lib. 10. C. t. 6.* Ergò male nos hoc aſſerimus. R. In d. l. 1. agitur de officialibus qui publicam pecuniam volunt credere δὴ μόναχρήματα *vt eſt in Synopſi Baſilicon lib. 9. tit. 5. de debito fiſcal.* Hoc officiales, facere non poſſunt. At nos loquimur de officialibus, qui propriam pecuniam credunt. Sic ex ærario aut theſauro principis mutuam pecuniam ſumere non licet, inconſulto Principe *l. 2. C. Eod.* Et qui ex theſauro Principis, aurum alicui commodauerit vel dederit capitali ſententiæ ſubiungatur.

X V. Poſitio.

Accipere mutuo poſſunt patresfamiliâs.

XVI.

Si modò puberes ſint. Nam pupillus mutuam pecuniam accipiendo, ne quidem naturaliter obligatur.

XVII.

Sed & præſes prouinciæ mutuam pecuniam ſumere non prohibetur.

XVIII.

Ciuitas quoque mutui datione obligatur, ſi ad vtilitatem eius pecuniæ verſæ ſunt, alioquin ipſi ſoli qui contraxerunt, non ciuitas, tenebuntur.

XIX.

Filijfamiliâs autem mutuam pecuniam accipiendo, obligantur quidem, ſed habent exceptionem Senatuſconſulti Macedoniani.

X X.

Nec huic exceptioni renunciare poſſunt, licet aliter Domino Zaſio videatur.

XXI.

Si filiusfamiliâs contra Senatuſcônſultum mutuatus pecuniam ſoluerit, patri nummos vindicanti nulla exceptio obijcietur, ſed ſi fuerint conſumpti à creditore nummi, ceſſat condictio, quoniam toties condictio datur, quoties ex cauſa numerati ſunt nummi, ex qua actio eſſe potuiſſet, ſi dominium ad accipientem tranſiſſet, ſed & per errorem ſoluti contra Senatuſconſultum crediti, magis eſt ceſſare repetitionem.

ARGVMENTVM I.

Qui credit adoleſcenti pecuniam non habet actionem per quam pecuniam creditam repetere poſsit. *l. ſi verò non remunerandi. §. ſi adoleſcens, Mandati. l. quod ſi minor. §. reſtitutio. de minorib.*

Igitur

Igitur adoleſcentes pecuniam mutuam accipere non poſſunt. R. Iuriſconſulti in locis in contrarium adductis loquuntur de adoleſcente perdituro & conſumpturo pecuniam. Adoleſcentes perdituri & conſumpturi pecuniam, hoc eſt luxurioſi adoleſcentes, non rectè accipiunt pecuniam mutuam. Et nos hic loquimur de adoleſcentibus ſiue patribusfamilias non luxurioſis. Hi mutuam pecuniam accipere non prohibentur.

A L I V D.

At inſtatur hoc modo. Qui emit ab adoleſcente fundum, & pretium ſoluit, cum ſciret adoleſcentem id perditurum, adoleſcente in integrum reſtituto, vt quia circumſcriptus fuit, recipit pretium *d. l. quod ſi minor. §. reſtitutio. de minor.* Ergo videtur dicendum ei quoque qui credidit adoleſcenti perdituro & conſumpturo, dandam eſſe actionem per quam pecuniam creditam ab adoleſcente recipere poſsit. R. Hæc ſunt diſsimilia, & alia ratio eſt creditoris, alia emptoris. Creditor non cogitur credere, ſibi ergo imputet ſi perdituro & conſumpturo adoleſcenti credat. Emptor autem pretium ſoluere cogitur quaſi æs alienum, inuitus ſoluit. Et ob id quamuis perdituro & conſumpturo ſoluerit, tamen eius nonnulla eſt habenda ratio ab eo qui de reſtitutione cognoſcit. Hanc diuerſitatis rationem Iuriſconſultus ipſe reddit *in d. l. quod ſi minor. §. reſtitutio, de minoribus.* Quod ſi fortè emptoris nulla habita fuerit ratio id eſt, ſi de eo nihil ſtatuerit Prætor vel præſes, emptor pretium & vſuras pretij non rectè poſtulat *l. fine, §. interpoſito, de adminiſtrat. tutor.* Quinimo generaliter traditum eſt, pretium emptori non reddi, ex quo minor locupletior factus non eſt *l. patri. §. prædium, de minoribus &c.*

A L I V D.

Furioſus & pupillus vbi ex re actio venit, obligantur etiam ſine curatore & tutoris authoritate *l. furioſus & pupillus, de O. & A.* At cum pecunia mutuo datur pupillo vel furioſo, ex re actio venit. Mutuum enim re contrahitur. Dicendum igitur videtur furioſum & pupillum accipiendo pecuniam mutuam obligari. R. Ex re actio venire dicitur, quæ venit ex delicto & quaſi

ex

ex contractu furioſi vel pupilli. His caſibus furioſus & pupillus obligantur *ſicut explicatur in d. l. furioſus & pupillus, de O. & A.* Et tunc iure obligari dicuntur *in l. ſi à reo. §. ſi à furioſo, de fideiuſſor.* Non dicitur ex re venire actio, quando pupillo aut furioſo pecunia creditur.

ALIVD.

Pupillus ſine tutoris authoritate & furioſus abſque curatore obligantur *l. Marcellus ſcribit, de fideiuſſor.* Igitur videtur dicendum, pupillo & furioſo mutuam quoque pecuniam rectè credi poſſe. R. Furioſus & pupillus obligantur, vbi ex re venit actio, aliàs non item *d. l. furioſus, de O. & A.*

ALIVD.

Dicimus pupillum mutuam pecuniam accipiendo, naturaliter non obligari. Obſtat l. naturaliter, de condict. indeb. Ibi Iuriſconſultus docet ſeruum & pupillum naturaliter obligari, ideoque ſeruum & pupillum ſoluentes repetere ſolutum quaſi indebitum non poſſe. Sic in l. 5. de author. tutor: Iuriſconſultus docet pupillum naturaliter obligari, & addit ex illa naturali obligatione in pupillum dari actionem ex reſcripto. Diui Pij. Similiter in l. ſi eius pupilli, ad Trebellian. Iuriſconſultus tradit, pupillum cui ſine tutoris authoritate credita pecunia eſt, naturaliter obligari. Sic Iuriſconſultus in l. ſi pupillus, ad l. Falcid. docet pupillum cui ſine tutore authore decem mutua data ſunt naturaliter obligari. Sic in l. 1. de nouation. in fine inquit Iuriſconſultus, pupillum naturaliter obligari, ſi ſine tutoris authoritate promiſit. Malè igitur nos dicimus, pupillum naturaliter non obligari vbi mutuam pecuniam accepit. R. Quod dicimus pupillum naturaliter non obligari accipiendo mutuam pecuniam, hoc deſumptum eſt ex l. pupillus de O. & A. Ibi Iuriſconſultus Licinnius Rufinus ita loquitur. Pupillus mutuam pecuniam accipiendo, ne quidem iure naturali obligatur. In alijs quoque locis traditum eſt pupillum ſine tutore naturaliter non obligari, *vt in l. quod pupillus, de condiction. indeb. Quod pupillus inquit Iuriſconſultus ſine tutoris authoritate ſtipulanti promiſit, & ſoluit, eius repetitio eſt quia nec natura debet.* Non obligatur autem pupillus naturaliter, quando lo-

Digitized by Google

do locupletior non eſt factus. At ſi factus fuerit locupletior, tunc iure naturali pupillum obligari dicendum eſt. Ita leges inter ſe pugnantes conciliandæ ſunt. *Et hæc diſtinctio deſumpta eſt ex dicta l. naturaliter. de condict. indebiti. & ex d. l. 5. de authoritate tutor.*

ALIVD.

Aduerſus ſolutionem ita inſtari poteſt. In l. cum illud. §. heres, quando dies legator. cedat, pupillus ſine tutoris authoritate nummos accepit, nec locupletior factus eſt, & tamen naturaliter obligari dicitur. Igitur videtur dicendum, diſtinctionem à nobis traditam vitioſam eſſe. R. In d. l. cum illud, quando dies legat. cedat, pro particula NEC, legendum eſt ET, vel tota particula NEC eſt delenda. Nam & in ff. Florentinis duobus ſemicirculis incluſa & circumſcripta eſt, quod inditium eſt, particulam illam tollendam eſſe.

ALIVD.

Nos loquimur hic de liberis hominibus tantum, non etiam de ſeruis, & liberos homines dicimus ſi puberes ſint & mentis compotes, mutuam pecuniam accipere poſſe. At ſerui etiam mutuam pecuniam accipere poſſunt. *§. præterea, Inſtitut. quod cum eo qui in aliena poteſtat. eſt &c.* Ibi Imperator Iuſtinianus tradit, in dominum dari actionem de peculio, itemque de in rem verſo, ſi ſeruus mutuatus pecuniam creditoribus domini ſoluerit, vel ædificia ruentia fulſerit, aut familiæ frumentum emerit. Sic in l. 7. C. quod cum eo qui in alien. poteſtate eſt &c. traditur ſeruum mutuam pecuniam accipere poſſe. Malè igitur facimus, quod ſeruorum non meminimus. R. Nos hic loquimur de ijs, qui mutuam pecuniam accipientes obligantur. At ſerui mutuam pecuniam accipientes non obligantur *l. in perſonam, de R. I.* In perſonam inquit ICtus ſeruilem, non cadit obligatio. Sic in l. obligari, de O. & A. dicitur, ſeruum ex contractibus non obligari. Et ſeruus nihil poteſt debere *l. nec ſeruus, de peculio. Nec ſeruus inquit Iuriſconſultus quicquam debere poteſt, nec ſeruo poteſt deberi.* Et cum eo verbo abutimur factum magis demonſtramus, quàm ad ius ciuile referimus obligationem. Sequitur igitur quod ſeruus mutuam pecuniam accipiendo non obligatur.

Digitized by Google

At dices rurſus, in dominum ſerui datur actio de peculio, & de in rem verſo. *d. §. præterea. Inſtitut. quod cum eo qui in alien. poteſtate eſt &c. d. l. 7. C. Eod.* Ergò ſeruus contrahendo obligatur. R. Seruus vt dictum eſt, contrahendo non obligatur. Iure etiam ciuili in dominum ſerui non datur actio. Quia tamen dominus lucrum capit ex perſona ſerui, & regula iuris eſt, ex qua perſona quis lucrum capit, eius quoque factum præſtare debet *l. ex qua perſona, de R. I.* maximè cum ſecundum naturam ſit, commoda cuiuſque rei eum ſequi, quem ſequuntur incommoda *l. ſecundum naturam, de R. I.* Ideò prætor naturalem æquitatem ſecutus, dedit in dominum ſerui actionem de peculio, de in rem verſo, itemque quod iuſſu. Et actio de peculio competit viuo ſeruo vel etiam poſt mortem eius intra annum. Actio de in rem verſo etiam poſt annum *d. l. 7. C. quod cum eo &c.*

At rurſus dices, Regula iuris eſt: meliorem per eos quos habemus in poteſtate conditionem noſtram fieri poſſe, deteriorem non poſſe, *l. melior, de R. I. l. vti, in fin. C. de acquir. poſſ. §. l. ſi debitor, de Pact. l. ſeruus. C. Eod. l. penult. depoſiti* Ex hac regula videtur dicendum, ex contractu ſerui, in dominum, de peculio &c. actionem dari non poſſe, quia deterior fieret domini conditio. R. Regula dicta non pertinet ad cauſã peculij, ſed ad res alias vtputa noxalia iudicia. Quando enim dominus nihil deliquit, factum ſerui domino obeſſe non debet, niſi hactenus vt ipſo careat *l. 2. de noxalibus action. l. 2. de eo per quem factum erit.* Hactenus enim domini conditionem, deteriorem facere poteſt *l. 1. §. deieciſſe, verſ. quod enim, vnde vi. Petreus Faber in l. ſecundum naturam, de R. I.*

A L I V D.

Dicimus Præſidem prouinciæ mutuam pecuniam poſſe ſumere. At obſtare videtur l. quisquis. C. ſi cert. petat. in qua, pœna exilij ſtatuitur in Præſidem qui mutuam pecuniam ſumpſit. Ergo Præſes mutuam pecuniam ſumere non poteſt. R. In d. l. quiſquis. C. ſi cert. petat. duo ponuntur caſus in quibus is qui credidit pecuniam, cohercetur & relegatur. Primus eſt, ſi credita pecunia præſidi, is qui credidit in prouincia verſetur quaſi mercator legum & prouinciæ, hoc eſt, quaſi à præſide ius ad ſuam volun-

luntatem nundinari poſsit, quaſi à præſide quiduis redimere poſſit, cum eum obæratum habeat. Si qui credidit pecuniam, ita verſetur in prouincia, ipſe relegatur non præſes. Nec enim exiſtimandum eſt præſidem hoc caſu coherceri.

Secundus caſus eſt ſi collectarius honoris pretium dederit ambienti, hoc eſt, ſi collectarius honorem ambienti, pecuniam crediderit, qua honorem emeret, hoc caſu vterque & qui dedit pecuniam mutuam & qui ſumpſit relegatur *d. l. quisquis. C. ſi cert. petat.* Collectarius non eſt qui emit honorem, vt Azoni viſum eſt, ſed collectarius eſt nummularius ſiue menſarius & ſic Symmachus in Epiſtol. 28. ad Theod. quos initio vocat collectarios, poſtea appellat nummularios.

A L I V D

Rurſus obſtat l. ſcriniarios. C. de numerarijs, actuarijs &c. lib. 12. C. tit. 49. Ibi ſcriniarijs & numerarijs præfectorum prætorio, vſus pecuniæ mutuæ interdicitur. R. Lex illa pertinet ad ſcriniarios & numerarios præfectorum prætorio. Et ſcriniarij ac numerarij erant miniſtri & officiales præfectorum prætorio. Et ſicuti præſes prouinciæ mutuam pecuniam ſumere poteſt: ita quoque præfectus prætorio. Vtriuſque etiam officiales & miniſtri, rectè pecuniam mutuam ſumunt. Commercio mutui eis non interdicitur, nec hoc vult *d. l. ſcriniarios*, ſed ſententia legis hæc eſt, quod ſcriniarij & numerari, ſi quid in publicas neceſsitates impendendum ſit, non debent cogi eo nomine pecuniam mutuam ſumere aut ſe obligare, ne inde depoſito officio periclitentur aut damnum aliquod ſentiant. Vſus igitur mutui ſcriniarijs & numerarijs non interdicitur.

A L I V D.

Dicimus ciuitatem mutui datione obligari ſi ad vtilitatẽ eius pecuniæ verſæ fuerint. Contra. Ciuitas priuati loco habetur *l. eum qui vectigal. de V. S.* At priuatus mutuam pecuniam accipiendo ſtatim obligatur, quamuis pecunia in eius vtilitatem verſa non fuerit. Ergò etiam ciuitas mutui datione ſtatim obligabitur, licet pecunia in eius vtilitatem verſa non fuerit. R. Concedo

Digitized by Google

totum argumentum rectè intellectum. Nam ſicuti priuatus, pecuniam mutuam accipiendo, ſtatim obligatur: ita etiam ciuitas ſtatim obligatur, vbi mutuam pecuniam accepit, quamuis pecunia in vtilitatem ciuitatis verſa non fuerit. Accipit pecuniam ciuitas mutuo, ſi omnes ciues conuenerint, vel maior eorum pars conuenerit, & ſtatuerit pecuniam mutuam eſſe accipiendam, atque ita creditor ciuitati crediderit. At ſecus eſt quando alius ciuitatis nomine pecuniam accipit. Tunc ciuitas non obligatur, niſi pecunia in eius vtilitatem fuerit verſa, *& ita accipienda eſt l. ciuitas h. t. n. Ibi enim non ipſa ciuitas contraxit, ſed alij ciuitatis nomine, vt ex illis verbis alioquin ipſi ſoli qui contraxerunt, non ciuitas tenebuntur, ſatis intelligitur.*

At dices, mutuum contrahitur, conſenſu & niſi inter conſentientes, mutuum fieri non poteſt, *vt loquitur Iuriſconſultus in l. ſi me & Titium, h. t. n.* At ciuitas non poteſt conſentire. Ergò nec mutuum contrahere. R. Nego minorem. Ciuitatem enim cum dicimus, non rem mutam, vt lapides, ligna aut ædificia ex lapidibus & lignis conſtructa intelligimus, ſed intelligimus homines aut populum qui in ciuitate ſunt vel eſt. Et populum conſentire poſſe, dubium non eſt, ſi populus conuocetur.

At rurſus dices, ciuitati credita pecunia, creditor non poteſt hunc vel illum qui in ciuitate eſt, conuenire. Ergò ciuitatis nomine non intelliguntur homines, qui ſunt in ciuitate. R. Homines qui ſunt in ciuitate conſiderantur duobus modis, prout ſinguli, & prout vniuerſi. Et per ciuitatem intelligimus non ſingulos homines de ciuitate, ſed vniuerſos homines, & ob id pecunia ciuitati credita, creditor non poteſt ſingulares homines de ciuitate conuenire, ſed vniuerſos homines, ſiue vniuerſum populum ciuitatis, hoc eſt, ipſam ciuitatem poteſt conuenire.

At dices, Mutuum non contrahitur, niſi certa ſit perſona quæ mutuam pecuniam accipiat. Ciuitati autem credita pecunia, non eſt certa perſona quæ accipit pecuniam qua ſe obligatur, quia vt iam dictum eſt, ſinguli de vniuerſitate non tenentur. Ergò videtur dicendum, quod ciuitas mutuam pecuniam accipere non poſsit. R. Cum ciuitati creditur pecunia, ciuitas repræſentat perſonam non ſingulorum ſed vniuerſorum.

Rurſus

Digitized by Google

Rurſus dices, alius pro alio non debet obligari *tot. tit. ne filius pro patre, ne vxor pro marito.* At ſi ciuitas mutuam pecuniam accipere poteſt, tunc alius pro alio obligatur. Nam fieri facilè poteſt vt qui nunc ſunt in ciuitate moriantur, aut excedant ciuitate, & alij in eorum locum perueniant, ijs incumbet neceſsitas ſoluendi. Inde igitur videtur dicendum, ciuitatem mutuam pecuniam accipere non poſſe. R. Iam antè dictum eſt, homines qui ſunt in ciuitate, non obligari vt ſingulos, ſed vt vniuerſos. Hac conſideratione, ijdem homines ſemper eſſe in ciuitate putantur, licet ſubinde homines mutentur vt quia moriuntur, vel è ciuitate excedunt, & alij rurſus in ciuitatem veniunt. Imò ſi omnes homines moriantur qui ſunt in ciuitate, & noui homines ſuccedant: tamen non iudicabuntur noui homines eſſe, ſed ijdem homines qui ante fuerunt. *Ita textus eſt expreſſus in l. proponebatur, de iudicijs. Ibi Iuriſconſultus inquit, populus qui hoc tempore eſt, putatur idem populus eſſe qui ab hinc centum annis fuit, cum tamen ex illis hominibus nemo nunc viuat.*

A L I V D.

Dicimus ciuitatem obligari, ſi alius eius nomine ſumat pecuniam mutuam quæ in vtilitatem ciuitatis conuertatur. Ab obſtat l. eum qui C. ſi cert. petat. Ibi tu ſumpſiſti pecuniam mutuam tuo nomine, vel etiam nomine alieno. Hoc ſignificatur illis verbis, licet in res alienas, hoc eſt licet alieno nomine, & ab Imperatoribus eſt reſcriptum, te teneri condictione, non etiam eum cuius nomine pecunia ſumpta eſt. Igitur is quoque qui ciuitatis nomine ſumpſit pecuniam mutuam tenetur, non ciuitas, cuius nomine pecunia ſumpta eſt. R. In l. eum qui C. ſi cert. petat. tu qui filiæ nomine ſumpſiſti pecuniam, teneris, non is cuius nomine ſumpta eſt, quia creditor eius contemplatione pecuniam non numerauit. At in d. l. ciuitas, h. t. n. creditor ei qui ciuitatis nomine accepit pecuniam ciuitatis contemplatione pecuniam numerauit atque ideo ciuitas obligatur ſi modò in ipſius vtilitatem pecunia verſa fuerit.

At dices qui meo nomine dat pecuniam, mihi acquirit condictionem. Ergo & qui meo nomine accipit, me condictione obligat. R. Hæc ſunt diuerſa. Qui dat meo nomine pecuniam mihi

acquirit condictionem, quia id inter dantem & accipientem agitur. At qui accipit meo nomine pecuniam, me condictione non obligat, quia inter dantem & accipientem id non agitur, niſi cum animum fuiſſe doceatur. Potes tu meo nomine pecuniam accipere, cum tamen creditor eam pecuniam dando me obligare nolit, ſed accipientem tantum. Itaque hoc caſu qui pecuniam accepit obligatur, non is cuius nomine accepta eſt, aut in cuius rem eſt verſa. Rurſus dices, quæ eſt ratio quod ciuitas mutui datione non obligatur, niſi pecunia ad eius vtilitatem fuerit verſa, quamuis ciuitatis nomine pecunia accepta & data fuerit? Reſpondeo, ratio hæc eſſe videtur ne ciuitas facile damnum patiatur, & vt illi qui ciuitatis nomine mutuam pecuniam accipiunt, vigilantiores reddantur. Redduntur vigilantiores qui ciuitatis nomine mutuam pecuniam accipiunt, idque agunt vt pecunia in ciuitatis vtilitatem conuertatur, cum ſciant ſe teneri, pecunia ad vtilitatem ciuitatis non conuerſa. Vbi maius eſt periculum ibi cautius eſt agendum, vt regula iuris habet, propter vtilitatem itaq; ciuitatum hoc receptum eſt, vt ciuitates non aliter mutui datione teneantur, quàm ſi pecunia ad vtilitatem eorum fuerit conuerſa. Sic propter vtilitatem ciuitatum, multa ſunt recepta, quæ alijs denegantur. Vt ciuitatibus ex nudo pacto debentur vſuræ creditarum ab eis pecuniarum *l. etiam. de vſuris*, quod in alijs ſecus eſt *l. 3. C. de vſuris*. Hoc autem quod ciuitas mutui datione non obligatur pecunia ad vtilitatem eius non conuerſa, receptum & introductum eſt, exemplo minorum. Nam & minores non aliter tenentur, quàm ſi pecunia, quam tutores & curatores, eorum nomine acceperunt, in rem ipſorum, hoc eſt, in ipſorum vtilitatem profecta ſit *l. 3. C. quando ex facto tutoris vel curatoris, minores agere vel conueniri poſſunt*. Minoribus comparantur ciuitates, & ideò ſicuti minor læſus in integrum reſtituitur, *tot. tit. de minor. 25. annis*: ita quoque ciuitas *Matth. de Afflict. in conſtit. Neapolit. in præludijs, quæſt. 5.* Item ſicuti res minorum, ſine decreto alienari non poſſunt, *tot. tit. de prædijs & alijs rebus minor. ſine decreto non alienand.* Ita res ciuitatis ſine decreto non poſſunt alienari *l. 1. & 2. C. de ſeru. Reipubl. manu. & ita per illum textum definiunt Albericus, de Roſate & Bartol in l. nulli,*

quod

Digitized by Google

quod cuiuſq; vniuerſitat. nomine. Socinus conſil. 95. num. 6. in 3. volum. Item ſicuti tutores & curatores nomine minorum accipientes mutuam pecuniam, minores non obligant, niſi pecunia in rem ipſorum ſit profecta: ita quoque illi qui ciuitatis nomine mutuam pecuniam accipiunt, ciuitatem non obligant, niſi pecunia ad vtilitatem ciuitatis fuerit conuerſa *d. l. ciuitas, h. t. n.*

ALIVD.

Dicimus ciuitatem obligari, pecunia ad vtilitatem eius conuerſa. Obſtat l. non aduerſus. C. ſi cert. petat. & l. penult. C. de O. & A. In illis ll. oſtenditur, eum qui mutuam ſumpſit pecuniam, teneri, quamuis in eius vtilitatem pecunia verſa non fuerit. Igitur idem in ciuitate dicendum. R. In ll. in contrarium adductis agitur de eo qui mutuam ſumpſit pecuniam, ſuo nomine. Is obligatur quamuis pecunia in ipſius vtilitatem verſa non fuerit. At in l. ciuitas, h. t. n. pecunia fuit accepta nomine ciuitatis, & hoc caſu is qui ſumpſit curare debet vt pecunia ad ciuitatem perueniat, in eius vtilitatem vertatur, quod ſi factum non fuerit, ipſe tenebitur non ciuitas. Et hoc propter vtilitatem ciuitatis ita conſtitutum eſt, vt ſuprà dictum eſt.

ALIVD.

Diximus illum non teneri ad quem pecunia peruenit. Obſtat l. 7. C. quod cum eo qui in alien. poteſtate &c. Ibi tenetur is ad quem peruenit pecunia, aut in cuius rem verſa eſt. R. Quod diximus illum non teneri ad quem peruenit pecunia, inde excipiendus eſt, pater vel dominus. Si pecunia quam ſeruus mutuo accepit ad dominum peruenit, & ſi in rem domini verſa eſt, dominus tenetur. *Et ita loquitur d. l. 7. C. quod cum eo qui in alien. poteſtate.*

ALIVD.

Diximus eum obligari ex mutuo & condictione teneri, cuius contemplatione pecunia numerata eſt, nō illum qui accepit. At obſtant vehementer l. ſi pupilli. §. 1. & l. liberto, in princip. de negotijs geſt. Ibi procuratori meo mandaui vt pecuniam mutuam acciperet, Tu procuratori meo pecuniā dediſti mei contemplatione, vt creditorem meum vel pignus meum liberaret.

Hoc

Digitized by Google

Hoc caſu tu aduerſus me non habes condictionem ex mutuo,ſed actionem negociorum geſtorum. Inde igitur ſequitur mutuum non contrahi, nec condictione eum obligari cuius contemplatione pecunia mutuo data eſt. R. In locis in contrarium adductis, ego cuius contemplatione pecunia mutuo data eſt, ex mutuo non teneor, propterea quod tu qui dediſti pecuniam, non credendi cauſa illam dediſti,ſed dediſti procuratori meo meorum negociorum contemplatione vt mandata mea exequeretur, expleret,& creditorem meum vel pignus liberaret. Itaque ego non teneor condictione ex mutuo ſed actione negociorum geſtorum, ad exemplum inſtitoriæ actionis *vt dicitur in d.l.liberto de negot.geſt.* hoc eſt quaſi videatur inſtitori meo, negotiorum meorum cauſa credita pecunia. Et teneor ego, ſiue verſa ſit pecunia in res meas ſiue non *d.l. liberto, de negot. geſt.* ſatis namque eſt eam dari contemplatione meorum negociorum,nec ideò minus tenebor quod ea procurator ſit abuſus.

At dices, pecunia tamen ibi fuit mutua. R. Dicitur mutua, quia tamen credendi animo data non eſt,idcircò mutua non eſt. Sic pupillus dicitur mutuam pecuniam accipere, itemque ſeruus, quæ tamen mutua non eſt.

A L I V D.

Dicimus pecunia in vtilitatem ciuitatis non verſa,eos teneri qui contraxerunt,non ciuitatem Contra. Is ſolus tenetur ex mutuo,cuius contemplatione pecunia numerata eſt, non is qui contraxit. *d.l. ſi pupilli §.1. de negot. geſt. Ibi Ictus inquit, aduerſus eum, cum quo contraxi, nullam actionem habeo.* Igitur videtur dicendum, illos qui ciuitatis nomine,pecuniam mutuam acceperunt & cum pecunia, contemplatione ciuitatis ipſis numerata eſt, non teneri condictione ex mutuo. R. Concedo totum argumentum. Nam qui ciuitatis nomine pecuniam acceperunt, pecunia in vtilitatem ciuitatis non verſa, non tenentur condictione ex mutuo. Ratio eſt quia illorum contemplatione pecunia non eſt numerata. At nihilominus alia actione tenentur, ſi ad vtilitatem ciuitatis, pecuniæ non ſunt verſæ *d.l. ciuitatis h.t.n.*

At dices, Iuriſconſultus affirmat nulla eos actione teneri, *in d.l. ſi pupilli. §.1. de negot. geſt.* R. Iuriſconſultus ibi loquitur de eo qui

Digitized by Google

qui priuati alicuius nomine, eius mandato, pecuniam accepit, quæ etiam contemplatione priuati numerata eſt. Nos de illis, qui ciuitatis nomine pecuniam accipiunt, quæ etiam ciuitatis nomine numerata fuit. Et inter hæc duo magna eſt differentia. Nam quando quis priuati alicuius nomine, mandato ipſius pecuniam accipit, eaque contemplatione priuati numeratur, tunc ſemper is cuius contemplatione pecunia numerata eſt, tenetur, ſiue pecunia in rem eius verſa fuerit, ſiue non, *d.l.liberto, de negot. geſt.* Et ideò in eum qui accipit pecuniam nulla datur actio. At quando quis pecuniam accipit ciuitatis nomine, eaque contemplatione ciuitatis numeratur, tunc ciuitas cuius contemplatione pecunia numerata eſt, non tenetur, ſi in eius vtilitatem pecunia verſa non eſt. Et idcirco hoc caſu, is qui pecuniam numerauit, aduerſus eum qui ciuitatis nomine pecuniam accepit, actionem habet.

At dices, quam actionem habet? Hugo Donellus tradit eum habere condictionem cauſa data, cauſa non ſecuta, quod ſubſiſtere non poteſt, propterea quod condictio illa non eſt ex contractu ſed ex bono & æquo *l.in ſumma.§.quod ob rem,de condict.indebit. l.3.§ ſi quis quaſi,de condict cauſa data.* At in d. l. ciuitas dicitur, illos obligari qui contraxerunt.

At dices, in l.3.§. quinimò de condiction. cauſa data &c. dicitur, condictionem illam ex contractu naſci. Igitur condictio cauſa data eſt ex contractu. R. Quod dicitur in d.l.3. competere actionem, quæ ex contractu naſcitur, hoc non eſt accipiendum de condict. cauſa data &c. ſed eſt accipiendum de actione præſcriptis verbis quæ etiam condictio appellatur.

Rurſus dices, cum do vt des, hoc negocium eſt contractus, ex quo eſt actio præſcriptis verbis. At cum do vt des, do ob cauſam vt cauſa ſequatur. Igitur hic etiam contrahitur. R. Ex hoc negocio do vt des, eſt actio præſcriptis verbis, quia hoc negocium eſt contractus, & actione præſcriptis verbis poſſum te cogere vt des. Non poſſum tamen te cogere vt reddas quod accepiſti, quoniam id nominatim non eſt actum, ſed repetitio ſiue condictio ex bono & æquo datur.

Qua igitur actione tenentur qui ciuitatis nomine contra-

xerunt & mutuam pecuniam acceperunt. R. Tenentur actione de dolo, atque ita alijs etiam viſum eſt. Dolo enim facit qui cum ciuitatis nomine pecuniam accepit, non curat, vt ea ad vtilitatem ciuitatis conuertatur.

ALIVD.

Dicimus eos qui nomine ciuitatis contraxerunt, ſolos teneri, cum pecunia in ciuitatis vtilitatem verſa non eſt. Ergò cum verſa eſt pecunia in vtilitatem ciuitatis, non ſoli tenentur ſed cum ciuitate. R. Concedo totum. Nam cum pecunia in vtilitatem ciuitatis verſa eſt, illi qui contraxerunt vnà cum ciuitate tenentur. Sunt enim membra ciuitatis. Itaque cum tota ciuitas teneatur, hoc eſt, cum teneantur omnes qui ſunt in ciuitate, non tanquam ſinguli, ſed tanquam vniuerſi, illi quoque qui contraxernut, tenentur.

XXII. Poſitio.

Conſiſtit verò mutuum in quantitate, hoc eſt, in rebus, quæ pondere, numero & menſura conſtant, quoniam earum rerum datione poſſumus in creditum ire, quia per ſolutionem functionem recipiunt in genere ſuo magis quàm in ſpecie.

XXIII.

In cæteris rebus ideò in creditum ire non poſſumus, quia aliud pro alio inuito creditori ſolui non poteſt.

XXIV.

Si igitur rogaſti me, vt tibi pecuniam crederem, ego cum non haberem, lancem tibi dedi vel maſſam auri, vt eam venderes & nummis vtereris, non eſt mutuum. Sed ſi vendideris, mutua pecunia fiet.

XXV.

At ſi depoſui apud te decem, & poſtea permiſi tibi vti, etiam antequam moueantur decem quaſi mutua tibi condicere poſſum, animo enim cœpiſti poſsidere.

XXVI.

Quod ſi ab initio cum deponerem, vti tibi, ſi voles,

per-

Digitized by Google

permiſero, credita pecunia non erit, antequam mota ſit, quoniam debitum iri non eſt certum.

ARGVMENTVM I.

Dicimus filiumfamilias accipientem pecuniam mutuam obligari. Obſtat SCtum Macedonianum, in quo ita dicitur, placet ne cui qui filiofamilias mutuam pecuniam dediſſet, etiam poſt mortem parentis, in cuius poteſtate fuiſſet, actio petitioq; daretur &c. Si in filiumfamilias non datur actio, petitioq; filiusfamilias non obligatur. R. Qui filiofamilias credidit pecuniam, ipſo iure pecuniæ creditæ actionem habet, cum filiofamilias in ſolidum, cum patre de peculio. Sed agenti obſtat exceptio SCti Macedoniani, quæ datur tàm patri quàm filiò cæteriſq; liberis. In Senatuſconſulto enim Macedoniano filij appellatione, reliqui liberi continentur *l. penult. C. ad Senatuſconſultum Macedon l. filium Eod.* Quod ſi omiſſa fuerit exceptio, ſequitur condemnatio, *l. tamen, de Senatuſconſulto Maced. Inquit SCtum actio petitioq; daretur.* Per actionem intelligimus certi condictionem ex mutuo vel ſtipulatu Per petitionem vindicationem extantis pecuniæ Eodem modo hæc verba intelligimus in SCto Velleian. *l. 2 ad SCtum Velleian.* Sic in tit. quarum rerum actio non detur, actio non dari dicitur quæ ipſo iure competit, ſed eliditur oppoſita exceptione. Totus enim iſte titulus de exceptionibus eſt, ſicuti ſeries & poſitio tituli indicat. Præcedunt namq; tituli de exceptionibus, & poſtea ſubijcicitur titulus, quarum rerum actio non detur.

ALIVD.

In l. 3. in princ. ad SCtum Macedon. filiusfamilias qui mutuam accepit pecuniam, non habet exceptionem SCti Macedoniani. Ergò verum non videtur quod nos hic aſſerimus, filiumfamilias exceptionem SCti Macedoniani habere. R. Exceptio Senatuſconſulti Macedoniani certis caſibus ceſſat.

Primus hic eſt, quando filiusfamilias publicè habebatur pro patrefamilias, ſic agebat, ſic contrahebat, ſic munerib. fungebatur, hoc caſu ceſſat SCtum Macedonianum & creditor creditum non amittit *l. 3 in princ. ad Senatuſconſultum Macedon. l. 2. C. eod.*

Secundus caſus eſt quando filiusfamilias ſimulauit ſe eſſe patremfam. idque perſuaſit creditori ignoranti conditionem ipſius,

Digitized by Google

& creditor credidit eũ patremfamilias eſſe. Hoc caſu ceſſat Senatuſconſultũ & creditor creditum non amittit. *l.1.h.t.* Senatuſconſultum enim non opitulatur decipienti & mendaci filiofamilias. Sic Velleianum decipienti mulieri non ſuccurrit *l. 2. ad Velleian.* Verum vt dixi, neceſse eſt, quod creditor etiam credat eum patremfamilias eſſe. Si ſciat non eſſe patremfamilias, non ceſſat Senatuſconſultum. Et ſi ſint fortè duo rei credendi, & vnus ſciat eum patremfamilias eſſe, alter ignoret, ſcientia vnius, vtrique nocet *l.item ſi filiusfamilias.§.non ſolum, ad Senatuſconſultum Macedon. Ibi ita legitur, ſi alteruter eorum ignorauit in patris poteſtate eſſe ſe verius dicendum eſt vtriq; nocere. Legendum eſt ſeuerius dicendum eſt. Sic in l. ſed ſi paterfamilias. §. hoc Senatuſconſultum, ad Macedon, dicitur, ſeueritate Senatuſconſulti contractum improbari.*

Tertius caſus eſt quando filiusfamilias mandato, iuſſu, voluntate, conſenſu patris, mutuam ſumpſit pecuniam. Tunc ceſſat Senatuſconſultum Macedonianum *l.2.& 4.C.eodem.* Idem eſt ſi pater ratum habuit contractum filij *l. vltim.C. eod. d. l. item ſi filiusfamilias. §. penult. ad Macedon.*

Quartus caſus eſt, quando filiusfamilias miles eſt, & mutuam pecuniam ſumit. Tunc tenetur vſque ad quantitatem caſtrenſis peculij nec quærimus quam in rem impenderit, præſumitur enim impendiſſe in cauſas caſtrenſes *l.1 §.vltim. ad Senatuſconſultum Macedonian. l. vlt.C. Eod.*

Quintus caſus eſt quando filiusfamilias ſumit mutuam pecuniam in rem, quæ oneribus patris incumbit, vt ſi mutuam ſumat pecuniam vt dotem det pro filia, patre abſente, ceſſat Senatuſconſultum & pater tenetur de in rem verſo *l. filiusfamilias ſi in id, ad Senatuſconſultum Macedon.* Idem eſt ſi abſens filiusfamilias ſtudiorum vel legationis cauſa, pecuniam ſumat mutuam ad ſumptus neceſſarios quos pater ſubminiſtrare ſolebat. Nam pecunia verſa in eam rem in quam ſumpta eſt, pater tenetur de in rem verſo, non verſa, tenetur de peculio, *l. item ſi filiusfamilias. §. quod dicitur, ad SCtum Macedonianum l. 3. § proinde, l. penult. de in rem verſo.*

Sextus caſus eſt quando filiusfamilias debitum agnouit paterfamilias factus, vt ſi expromiſit facta nouatione, vel ſi partem

ſoluit.

Digitized by Google

ſoluit. Hoc quoque caſu ceſſat SCtum Macedonianum *l. item ſi filiusfamilias. §. final. ad SCtum Macedon. l. 2. C. Eod.*

Quodſi paterfamilias factus pignus dederit, non conualeſcit creditum omninò, ſed denegatur exceptio tantum, vſque ad quantitatem pignoris *l. ſed etſi paterfamilias factus in prin. ad SCtum Macedon.* Verbi gratia filiusfamilias accepit 100. mutuo, paterfamilias factus dedit pignus quod valet 50. In hæc quinquaginta tenetur ſine vlla exceptione, in alia quinquaginta non tenetur cum effectu. Idque etiam ſeuerius eſt receptum.

Septimus caſus eſt ſi filiusfamilias non contrahat mutuum principaliter acceptis nummis, ſed emptionem ſine fraude Senatuſconſulti, & de pretio eat in creditum interpoſita ſtipulatione, actioni ex ſtipulatione non obſtat exceptio Macedoniana quia filiusfamilias non contraxit mutuum principaliter *l. 3. § penult. ad Senatuſconſultum Macedon. l. 3. C. Eod.* Eadem eſt actio, nempè certi condictio, ſed diuerſa cauſa obligationis &c.

A L I V D.

Tam ex contractibus quàm ex delictis in filiumfamilias datur actio *l. tam ex contractibus, de iudicijs.* Ergò etiam ex mutuo in filiumfámilias datur actio. R. Datur, ſed agenti obſtat exceptio Senatuſconſulti Macedoniani.

A L I V D.

Dicimus filiumfamilias non poſſe renunciare exceptioni Senatuſconſulti Macedoniani. Contra. Zaſius lib. 2. ſingul. reſponſ. cap. 28. ita argumentatur. Filius poteſt ex omnibus contractibus obligari. Ergò poteſt renunciare Senatuſconſulto Macedoniano. R. Hic nulla ratio eſt conſequentiæ. Nam ſicuti filiusfamilias ex alijs contractibus obligatur, ita quoque obligatur ex mutuo, ſed exceptionem Macedoniani Senatuſconſulti habet. Quod ſi dixeris, filiusfamilias alijs exceptionibus renunciare poteſt, Ergo & huic. Reſpondebo huic non poſſe, quia in eius fauorem exceptio non eſt introducta, ſed in odium creditoris *l. qui exceptionem, de condiction. indeb.* Quæ in fauorem alicuius introducta ſunt, ijs renunciare quis poteſt *l. ſi quis in conſcribendo, C. de Epiſcop. & Cleric. l. penult. C. de pact. l. ſi index, de minor.* Rurſus dicit

 Zaſius

Zaſius, Filiusfamilias vtitur exceptione SCti Macedoniani, exemplo mulieris, quæ vtitur exceptione Velleiani. Sed mulier Velleiano renunciat; Ergò & filiusfamilias Macedoniano. R Diuerſa eſt ratio inter exceptionem SCti Velleiani & inter exceptionem Senatuſconſulti Macedoniani. Exceptio Velleiani in fauorem mulierum eſt introducta. Exceptio Macedoniani in odium creditorum *d l. qui exceptionem, de condiction. indebit.* Et ob id mulier Velleiano renunciat, filiusfamilias Macedoniano non item.

Rurſus inquit Zaſius, qui aliorum damnis lucra ſectatur, prædam potius quærit quàm ſubſidium *c. quia pleriq̃, extra, de Immunit. Eccleſ.* Sed filiusfamilias aliorum damnis lucra ſectatur. Ergo prædam potius quærit quàm ſubſidium, & ſic per conſequens exceptioni Macedoniani renunciare tenetur. R. ad maiorem, qui aliorum damnis lucra ſectatur, abſque culpa eorum, qui damnum patiuntur, prædam quærit. Sed filiusfamilias hic culpa eorum qui damnum patiuntur lucra ſectatur, Illi enim non debuiſſent credere filiofamilias cum crediderint, ſibi id imputent, ſecundum regulam: Quod quis ſua culpa damnum ſentit, ſibi & non alijs imputare debet &c.

A L I V D.

In vltima propoſitione dicimus, patri nummos vindicanti, nullam exceptionem obijci poſſe. Contra. Si filiusfamilias ſoluit alienam pecuniam, hanc pater vindicare non poteſt, quia dominus non eſt, & vindicatio domino datur. Ergò verum non videtur quod hic dicitur patri nullam exceptionem obijci poſſe. R Quod hic dicitur, patri nullam exceptionem obijci poſſe, hoc tunc verum eſt, quando filiusfamilias ſoluit pecuniam de peculio aduentitio aut profectitio, quod iure ff patris eſt. Secus eſt quando ſoluit pecuniam alienam. Sic ſi filiusfamilias ſoluit de peculio caſtrenſi vel quaſi, quod filijfamilias proprium eſt, pater quia dominus non eſt, pecuniæ ſolutæ, nummos vindicare non poteſt.

A L I V D.

Iniquum eſt auferre pecuniam creditori, qui ſuum recepit. Sed quando filiusfamilias ſoluit de peculio aduentitio aut profecti-

Digitized by Google

neſcitio, ſuum recepit creditor. Ergo pater hanc pecuniam vindicare non debet. R. Maior vera eſt, quando creditor recepit ſuum ab eo qui dominus eſt. At quando creditor accipit pecuniam ab eo qui dominus non eſt, tunc iniquum non eſt, vt vetus pecuniæ dominus, pecuniam extantem vindicet.

ALIVD.

Si filiusfamilias liberam peculij adminiſtrationem habeat, rectè ſoluit. Ergo tunc patri nummos vindicanti exceptio obijcietur, atque ita malè hic dicitur, patri nullam exceptionem obijci poſſe. R. Nego antecedens. Nam etiam filiusfamilias cui libera peculij adminiſtratio conceſſa eſt, pecuniam quam mutuo accepit, non rectè ſoluit, quia libera peculij adminiſtratio non in hoc ei conceditur vt perdat *l. 3. ad Senatuſconſultum Macedon.* At filiusfamilias perdit pecuniam cum ſciat ſe eſſe tutum exceptione Senatuſconſulti Macedoniani. Igitur pater poteſt nummos vindicare.

ALIVD.

Conſumptio parit condictionem. Ergo pecunia quam filiusfamilias ſoluit, conſumpta, pater condictionem habebit. Reſponderi poſſet hoc modo. Aliam eſſe rationem pecuniæ mutuo datæ, aliam ſolutæ. Si ſeruus contra domini voluntatem credidit, aut filiusfamilias contra patris voluntatem, pecunia conſumpta, patri condictio acquiritur, quia ea lege pecunia fuit data vt redderetur. At quando filiusfamilias ſoluit pecuniam, nõ ſoluit vt reddatur, vt obligatio aliqua naſcatur. Ergo hoc caſu patri condictio non acquiritur. Ita inquam reſponderi poſſet, ſed ICtus alia vtitur ratione, in vltima propoſitione poſita, quam ibi vide. Verba ſunt, toties condictio datur &c. Verbi gratia. Numeraui tibi pecuniam alienam credendi animo. Hic mutuum non eſt contractum, quia accipientis pecunia non eſt facta. At quæritur an conſumpta pecunia mihi condictio detur. Ex hac regula definiendum eſt quod ſic. Nam pecunia ex ea cauſa eſt numerata, ex qua actio eſſe potuiſſet, ſi dominium ad accipientem tranſiſſet, hoc eſt, eſt numerata ex cauſa crediti. Ex hac cauſa actio eſt quando dominium ad accipientem tranſit.

Ergò

Ergò conſumpta pecunia eſt quoque condictio. At quando filiusfamilias pecuniam mutuo acceptam ſoluit, eaque conſumitur, patri condictio non acquiritur. Ratio eſt, quia pecunia non fuit numerata ex ea cauſſa ex qua actio eſſe poſſet, ſi dominium ad accipientem tranſiſſet, numerata namque fuit pecunia, non credendi cauſa, ſed ſoluendi, & ob id ſi dominium ad accipientem tranſiſſet, non poſſet eſſe ex hac cauſa actio, quia qui ſoluit, non id agit vt actionem ſibi acquirat. Inde ſequitur conſumpta quoque pecunia ex conſumptione pecuniæ condictionem patri non acquiri.

ALIVD.

Creditor qui ſcit nummos quos filiusfamilias ſoluit, eſſe nummos peculiares, eoſq; eſſe in dominio patris, & nihilominus nummos conſumit, furtum facit. At fur condictione tenetur, nummis extantibus & conſumptis *l. final. de condict. furtiu.* Ergò hic pater, conſumptis nummis, habebit condictionem, & ſic per conſequens malè dicimus, nummis conſumptis ceſſare condictionem. R. Nos loquimur hic de condictione quæ ex conſumptione oritur. Condictio furtiua non oritur ex conſumptione, ſed competit etiam nummis extantibus, & quando nummi non extant perinde habentur odio furis ac ſi extarent.

ALIVD.

In l. ſed ſi paterfamilias, ad SCtum Macedonian. dicitur filiumfamilias cui pecunia ſimpliciter donata eſt, alienationem non habere, & ideò ſi ſoluerit, condictionem patri ex omni euentu competere, hoc eſt, ſiue extet pecunia ſiue ſit conſumpta. Hoc pugnat vehementer cum noſtra propoſitione. R. Nos hic loquimur quando bona fide pecunia eſt conſumpta, tunc ceſſat condictio. At ſecus eſt, quando mala fide fuit conſumpta, tunc condictio competit, vt in l. cõtraria. Hæc Accurſij eſt ſolutio, quæ, inquit Connanus, mihi non probatur, & tamen nihil melius adferre poſſum. Hanc ſolutionem dominus Zaſius ab Interpp communiter receptam eſſe affirmat. Eandem Hugo Donellus ſequitur.

DISPV-

DISPVTATIO SECVNDA EX TITVLO DE REBVS CREDITIS: quibus in rebus mutuum conſiſtat, & quando contrahatur. Quam publicè tueri conabitur

IOHANNES DERSCHOVIVS
Regiomontanus, Boruſſus.

Poſitio I.

MVtuum conſiſtit in quantitate, ideoque non malè dixeris mutuum quantitatis eſſe creditum.

II.

Per quantitatem autem non ſolum nummos intelligimus, ſed res omnes conſtantes pondere, numero & menſura.

III.

Huiuſmodi ſunt vinum, oleum, frumentum, hordeum, triticum, auena, pecunia numerata, aurum argentum, & res ſimiles, quas aut numerando, aut metiendo, aut appendendo, in hoc damus, vt accipientium fiant, poſtea alias recepturi eiuſdem generis & qualitatis.

IV.

Has res & ſimiles, quantitates vocamus, quod in ijs ſolam quantitatem, pondus, numerum, & menſuram inſpicimus, non ipſa rerum corpora.

ARGVMENTVM I.

Dicimus, mutuum quantitatis eſſe creditum. Hæc definitio eſt latior ſuo definito, Igitur non eſt bona. Antecedens probatur

batur hoc modo. Depono apud te pecuniam meam. Hic quantitatis creditum eſt, ego enim pecuniam meam tibi credo,& tamen non eſt mutuum, ſed depoſitum. R. Cum pecuniam meam apud te depono, pecunia, non quantitatis ſed corporis locum obtinet. Intelligitur hoc ex eo,quod illam ipſam pecuniam quam ego depoſui reſtituere mihi teneris,& ſi eam,me inuito conſumpſeris, furtum eius facis. *§. furtum autem. Inſtit. de obligation. quæ ex delicto naſcuntur.* Similiter ſi pecunia apud te depoſita perierit, mihi illa perit non tibi, quod fieret ſi non illam ipſam pecuniam ſed quantitatem, hoc eſt, quamcunque aliam pecuniam reſtituere poſſes. Sic cum ego commodo tibi pecuniam, oſtentandi gratia, vt eſt in propoſitione 11 pecunia pro corpore, non pro quantitate, accipitur.

A L I V D.

Dicimus panes, piſces, carnes, mutuo dari poſſe in 7. propoſitione. At panes, piſces, carnes, non ſunt quantitates. Ergo mutuum non eſt quantitatis creditum. R. Panes, piſces, carnes, non ſunt quantitates, per ſe ſcilicet cum conſiderantur panes, piſces aut carnes. Sic vinum, frumentum, hordeum, nummi, per ſe conſiderati,quantitates non ſunt. At cum vinum ad menſuram datur, vel frumentum vel hordeum, & nummi dantur ad numerum, tunc vinum, frumentum, hordeum, nummi, quantitates ſunt. At eundem modum, cum piſces ponderantur, panes aut carnes, atque ita alicui ad pondus dantur, piſces, panes aut carnes, quantitates ſunt, quia iam in piſcibus, panibus, carnibus, non ipſa rerum corpora, ſed pondus inſpicimus, & ſi panes, piſces, carnes, eodem pondere reddantur, iam nobis ſatisfactum eſt, nec ipſa rerum corpora inſpicimus, vt quarta noſtra propoſitio habet.

A L I V D.

Diximus non ſpectari ipſa rerum corpora. Imò corpora ſpectantur *per l. cum quid, ſi cert. petatur. Ibi dicitur, quod id, quod mutuo datum eſt, æquè bonum reddi debeat.* Si æquè bonum, ac mutuo acceptum eſt, reddi debet, iam certè corpora ſpectantur. R. Cum dicimus corpora non ſpectari in vino, oleo, frumento & ſimilibus rebus, hoc dicimus, certa corpora non conſiderari.

ſed

ſed conſiderari quantitatem tantum. Vt debeo tibi decem thaleros, hic non conſidero certum corpus thalerorum, nec tibi hos vel illos thaleros debeo, ſed quantitatem conſidero, quia debeo tibi decem thaleros, & ſi decem thaleros tibi ſoluam, liberor, eo non attento, quales ſint thaleri. Hoc volumus cum dicimus ipſa rerum corpora non inſpici ſed pondus, numerum & menſuram. Et quamuis thaleri, quos tibi ſoluo probi & iuſti, ſiue probæ & iuſtæ monetæ eſſe debeant: tamen inde non ſequitur in vino, oleo, frumento & ſimilibus rebus corpora ſpectari. Hæc declarari poſſunt exemplo emptionis & venditionis.

ALIVD.

Cum leges quantitatem nominant, nummos intelligunt, non alias res fungibiles *l. 1. de pecun. legat. l. ſi ambo, de compenſat. l. ſi non ſinguli. C. ſi cert. petat. l. penult. de condict. indeb. atq; ita voluit Zaſius lib. 1. ſingul. reſpons.* Igitur malè nos facimus quod vinum, oleum, frumentum, hordeum, triticum, quantitates eſſe dicimus. R. In omnibus locis relatis, quantitatis verbo nummi ſignificantur, & ſæpè aliàs quantitatis verbo, nummi intelliguntur, ſed hoc non eſt perpetuum. Nam ſæpe etiam Iuriſconſulti quantitatis verbo, frumentum, oleum, & reliqua fungibilia quæ pondere & menſura conſtant, intelligunt. Et lapſus eſt Zaſius qui quantitatem tantum exiſtimauit dici nummos.

ALIVD.

Zaſius ita argumentatur. Cum frumentum indebiti ſoluitur, frumento conſumpto precium condicitur *l. in ſumma. §. in frumento, de condict. indeb.* Ergo frumentum non eſt quantitas. Si enim eſſet quantitas, non precium ſed tantundem frumenti condiceretur *l. quod in debitum, de condict. indebit.* quod in debitum ſoluitur per errorem, aut ipſum aut tantundem repetitur. R. Ideo ibi precium repetitur non frumentum, quod accipiens frumentum bona fide id conſumpſit, & ſic tenetur tantum, in quantum locupletior factus eſt. Vnde ſi æſtimatio vini creuit, non tenetur reddere tantundem, ne damno afficiatur ſed ſatis eſt reddere precium. *Molinæus in extrication. labyrinthi.*

Digitized by Google

ALIVD.

Qui dat alicui Chirographum, & in ea profitetur ſe pecuniam mutuam accepiſſe, poſt biennium non habet exceptionem non numeratæ pecuniæ *l. in contractibus.C. de non numer. pecun.* Sed tenetur certi condictione ex mutuo. At hic nulla quantitas fuit data. Igitur mutuum non eſt quantitatis creditum. R. Interpp. duplex mutuum conſtituunt. Naturale & Ciuile. Naturale mutuum vocant cum do tibi pecuniam ea lege, vt pecuniam mihi reſtituas. Ciuile quando nulla pecunia interueniente poſt biennium qui ſcripſit & confeſſus eſt ſe pecuniam mutuam accepiſſe, obligatur. Sed verius eſt hoc caſu mutuum non contrahi, nec eum qui ſcripſit ſe mutuam pecuniam accepiſſe, re obligari, ſed literis *tot. tit. de literar. obligat.* Mutuum non contrahitur, contrahitur tamen quaſi mutuum & propterea Iuſtinianus hac de re poſuit legem vnam ſub titulo, ſi certum petatur, legem nempe finalem in qua conſtituit, ne ex chirographo detur actio, ſi chirographum contineat plus quàm 50. libras auri.

ALIVD.

Ex mutuo naſcitur certi condictio: ſed certi condictione ſola pecunia petitur *l. 1. de condiction. triticar.* Ergo ſola pecunia mutuo datur, non vinum, oleum, frumentum, & per conſequens quantitatis appellatione ſoli nummi continentur. R. In l. 1. de condict. triticar. Iuriſconſultus inter ſe confert condictionem certi & condictionem triticariam. Vtraque eſt generalis, & in eo conueniunt. Cæterum condictione certi, pecunia petitur. Condictione triticaria non item. Et quod dicitur condictione certi, peti pecuniam, hoc tantum dicitur comparatione condictionis triticariæ, qua non petitur pecunia, nec inde inferendum eſt tantum pecuniam numeratam condictione certi peti.

ALIVD.

Ex mutuo naſcitur certi condictio. At cum vinum, oleum, frumentum creditur, vt vinum, oleum, frumentum reſtituatur, non naſcitur certi condictio *l. vbi autem non apparet, de Verbor obligation. Ibi dicitur qui vinum, frumentum, oleum, ſine qualitate ſtipulatur incertum deducit in obligationem.* Ergò nec mutuum contrahi-

trahitur. R. Cum vinum creditur vt vinum reſtituatur, naſcitur certi condictio. Aliud eſt cum vinum ſtipulor, vel frumentum vel oleum, Cum decem amphoras vini tibi do mutuo, obligatio continet certum. Cum ſtipulor decem amphoras vini, incertum deducitur in obligationem. Differentiæ ratio eſt. In ſtipulatione in poteſtate promiſſoris eſt dare bonum vinum, vel mediocre, vel optimum. Et cuiuſcunque generis dederit vinum, liberatur. In mutuo in poteſtate debitoris non eſt, bonum, mediocre vel optimum dare, ſed debitor obſtrictus eſt, eius generis, eius bonitatis vinum reddere, cuius ipſe accepit *l. cum quid, ſi certum petat.* Hinc cum tibi decem amphoras vini do mutuo, obligatio certum continet. At cum decem amphoras vini ſtipulor, ſtipulatio continet incertum.

V. Poſitio.

Ideò verò in his ſolis rebus mutuum conſiſtit, quoniam hæ res per ſolutionem in ſuo genere magis, quàm in ſpecie functionem recipiunt.

V I.

In cæteris rebus ideò in creditum ire non poſſumus, quia aliud pro alio, inuito creditori ſolui non poteſt.

ARGVMENTVM I.

Dicimus ideò in reliquis rebus mutuum non conſiſtere, quia aliud pro alio, inuito creditori ſolui non poteſt. Ex hac ratione efficitur, mutuum etiam in quantitate non conſiſtere. Nam cum quantitatem do mutuo, aliud pro alio mihi ſoluitur. Verbi gratia, do tibi mutuo decem aureos, tu non eoſdem decem aureos mihi ſoluis ſed alios, atque ita aliud pro alio. Ergò in quantitate mutuum non conſiſtit. R. Aliud prò alio dicitur ſolui, quando id quod ſoluitur, in pari pondere, pari numero, pari menſura non æquiualet ei quod debetur. Verbi gratiá. Dedi tibi mutuo decem aureos Rhenenſes. Hic tu non potes mihi ſoluere decem Ioachimicos, quia decem aurei Rhenenſes & decem Ioachimici, non æquiualent in parui numero. Plus

valent decem aurei Rhenenſes quàm decem Ioachimici, nec Ioachimici ſimiles ſunt aureis Rhenenſibus. Sic ſi dedi tibi mutuo decem amphoras vini Rhenenſis, tu non potes mihi ſoluere decem amphoras olei, quia decem amphoræ vini, & decẽm amphoræ olei in pari menſura non æquiualent. Plus valet oleum quàm vinum. Idem multò magis contingit in corporibus. Vt hi decem boues & illi decem boues, in pari numero non æquiualent. Sic hi decem equi, cum illis decem equis, in pari numero non æquiualent. Sic cum pro aureis Rhenenſibus, Ioachimici ſoluuntur, aut pro vino Rhenenſi ſoluitur oleum, pro decem bobus alij decem boues, pro decem equis alijs decem equi, aliud pro alio ſoluitur. At in quantitate cum aurei Rhenenſes, eiuſdem numeri ſoluuntur pro aureis Rhenenſibus. Decem amphoræ vini, pro alijs decem amphoris &c. hoc caſu non dicitur aliud pro alio ſolui, quia id quod ſoluitur in pari pondere, pari numero, pari menſura ſemper æquiualet ei quod debetur. & ſimile eſt illi quod debetur. In mutuo, aliud ſoluitur ſpecie, idem genere, & illud aliud quod ſpecie ſoluitur, ſimile eſt illi quod debetur, & in tantum ſimile, vt in pari numero, pari menſura, pari pondere, æquiualet ei quod debetur, quod in alijs rebus extra quantitatem conſiſtentibus, non ita contingit, ideoque in ijs mutuum non conſiſtit quia ſolueretur aliud pro alio In mutuo aliud pro alio non ſoluitur.

ALIVD.

Legato vel donato certo pondere auri, vel materia vel æſtimatio ſolui poteſt *l. 1. §. vltim. l. cum aurum l. Titia, de auro & argent. legat l. ſi quis argentum in princ. C. de donationibus.* Ergo aliud pro alio inuito creditori ſolui poteſt. Reſpon. Hoc ideò admitti in dd. ll. quia quantitas videtur donari vel legari, cum non deſignatur certum corpus. At in mutuo certum corpus interuenit. Datur enim certa auri materia mutuo. Sicuti igitur dato fundo, non cogerer pecuniam accipere, ita data certa materia auri, non cogor pecuniam accipere, niſi aliud ſit actum, & multò minus pro pecunia fundum.

ALIVD.

Digitized by Google

ALIVD.

In l. 10. C. de ſolution. & liberat. mancipia fuerunt in ſolutum data pro debito, & dicitur ſolutionem reuocari non poſſe. Igitur aliud pro alio poteſt ſolui inuito creditori. R. Ibi volenti creditori, mancipia fuerunt in ſolutum data pro debito, *vt in l. 15. & 16. C. Eod. & in l. eo quod C. ſi cert. petat.* Et alia res pro alia, volenti rectè ſoluitur. *ſi quis aliam. 46. de ſolution.*

ALIVD.

In Nouella conſtitutione 4. aliud pro alio, inuito creditori ſoluitur. Nam ibi caſus proponitur, quo creditor cogitur prædia in ſolutum accipere pro pecunia numerata. Finge creditor pecuniam dedit Titio, & ab eo, neque fideiuſſores neque pignora accepit. Repetit pecuniam, non eſt pro manu, nulla etiam eſt in promptu res mobilis quæ pro pecunia accipi poſsit. Sunt tamen prædia in bonis debitoris, verum ea creditor non vult in ſolutum accipere. Hoc caſu aut inuenitur emptor & ei debitor prædia debet vendere, & ex precio creditori ſatisfacere. Aut non inuenitur emptor. Hic cogitur creditor prædia, pro quantitate debiti in ſolutum accipere. Ergò aliud pro alio inuito creditori ſolui poteſt. R Hoc neceſsitatem ibi facere, extra quam idem permiſſum non eſt.

ALIVD.

Obijcitur Nouella 120. Ibi Eccleſia eſt debitrix, & creditor cogitur in ſolutum accipere, mediocria prædia Eccleſiæ non optima, non eliget, quæ volet. R. Hunc etiam caſum ſingularem eſſe, & accipi prædia in ſolutum, cum pecunia, eccleſiæ non ſuppetat. Et inter hunc & ſuperiorem caſum hoc eſt diſcriminis quod in ſuperiori caſu, creditor prædia eligit. In hoc poſteriori mediocria in ſolutum accipere cogitur.

VII. Poſitio.

Hinc de panibus, piſcibus, carnibus, & eius generis alijs rebus dubitabatur, an mutuo dari poſsint? & Azoni negatiua placet, nobis affirmatiua verior eſſe videtur.

In

Digitized by Google

VIII.

In mutuo ſemper neceſſe eſt, vt creditor eo animo pecuniam det, vt mutua fiat, & debitor eadem opinione accipiat.

IX.

Proinde, ſi ego pecuniam tibi quaſi donaturus dedero, tu quaſi mutuam accipias, nec donatio nec mutua pecunia erit, quia nummi accipientis non fiunt, cum alia opinione acceperit. Quare ſi eos conſumpſerit, licet condictione teneatur: tamen doli exceptione vti poterit, quia ſecundum voluntatem dantis nummi ſunt conſumpti.

X.

Sic ſi ego quaſi deponens tibi dedero, tu quaſi mutuum accipias, nec depoſitum, nec mutuum eſt.

XI.

Idem eſt, etſi tu quaſi mutuam pecuniam dederis, ego quaſi commodatam oſtentandi gratia, accepi. In vtroque tamen caſu conſumptis nummis, condictioni, ſine doli exceptione, locus erit.

ARGVMENTVM. I.

Dicimus ſi ego tibi pecuniam quaſi donaturus dedero, tu quaſi mutuam accipias, nec donationem eſſe, nec mutuum. Obſtat. l. cum in corpus, de acquir. rer. dom. ibi dicitur diſſenſum in cauſa non obeſſe nec nocere, ſi in corpore quod traditur, conſentiamus. At cum ego pecuniam tibi do quaſi donaturus, tu quaſi mutuam accipias in corpore conſentimus, in cauſis tradendi diſſentinus. Ergò hoc non obeſt. R. Diſſenſus in cauſa non obeſt, quandò vel à me, vel à te id non agitur, vt tu obligeris atque ita loquitur d. l. cum in corpus, de acquir. rer. dom. At cum vel à me, vel à te id agitur, vt tu obligeris, tunc diſſenſus in cauſa nocet, & ita nos hic loquimur. Hoc ipſum exemplis nunc declaran-

clarandum eſt. Ego exiſtimo me ex teſtamento tibi debere fundum, tu exiſtimas me tibi debere fundum ex ſtipulatu. Hic in corpore conſentimus, hoc eſt, in eo, quod fundus tibi debeatur. In cauſa debendi diſſentimus, nec id agitur vt tu obligeris. Ideoq; hic diſſenſus in cauſa debendi, non vitiat traditionem. Et hoc primum eſt exemplum quod proponitur in d. l. cum in corpus, de acquir. rer. domi. Alterum huiuſmodi eſt. Trado tibi pecuniam donandi gratia, tu eam quaſi creditam accipis, hoc eſt, debitam tibi ex aliqua obligatione. Hic in corpore conſentimus, hoc eſt in eo, vt pecunia tua fiat. At in cauſa ex qua pecunia debeat tua fieri diſſentimus, ego enim volo pecuniam tibi donare, tu exiſtimas eam tibi ſolui quaſi debitam, nec id agitur vel à me vel à te, vt tu obligeris. Ideoque hic diſſenſus in cauſa, ex qua pecunia tua fit, non nocet, atque ita exempla regulam, in d. l. cum in corpus, de acquir. rer. dom. propoſitam, declarant. In propoſito vero noſtro non ſolum in cauſa tradendi diſſentimus, verum etiam id agitur, vel à me vel à te, vt tu obligeris. Ideoque diſſenſus in cauſa tradendi nocet. Verbi gratia, Do tibi pecuniam quaſi donaturus, tu quaſi mutuum accipis. Hic in corpore conſentimus, in cauſa diſſentimus, idque agitur à te, vt tu obligeris mihi ex mutuo, ideoque nihil agitur, nec donatio in propoſito eſt, nec mutuum. Sic ſi ego quaſi deponens tibi dedero, tu quaſi mutuam accipias, nec depoſitum eſt nec mutuum, quia non ſolum in cauſa tradendi diſſentimus, ſed id etiam à me & te agitur vt tu obligeris. Idemque fit, cum ego tibi pecuniam quaſi mutuam do, tu quaſi commodatam accipis. Hic in cauſis diſſentimus tradendi, & hoc amplius agitur, vt tu mihi obligeris, Ideoque nec mutua pecunia eſt, nec commodatum. Et diſſenſus in cauſa vitiat id quod agitur, quando ex illo diſſenſu obligatio ſequitur, aliàs ſecus eſt *d. l. cum in corpus, de acquir. rer. dominio.*

A L I V D.

Dicimus donationem non eſſe, quando ego quaſi donaturus do, tu quaſi mutuam pecuniam accipis. At donatio perficitur ſtatim vbi donator ſuam voluntatem declarauit. *§. alia ſunt donationes. Inſtit. de donation.* Cum ego trado tibi pecuniam quaſi donaturus, iam meam voluntatem ſatis declaro. Ergo dona-

Digitized by Google

tio eſt perfecta. R. Donatio perficitur vbi donator ſuam voluntatem declarauit, ſi modò donatarius donationem acceptet. Inuito enim beneficium non datur *l. inuito, de R. I.* At abſenti donatur. *Intelligitur ex l. abſenti, de donation. vbi Iuriſconſultus tradit abſenti donari.* At cum ego dono tibi pecuniam, tu quaſi mutuam accipis, pro abſente haberis. Abeſt enim non tantum qui corpore abeſt, verum etiam qui non ſcit, non intelligit quid agatur *l. non multum intereſt, de auctor. tutor. Ibi Iuriſconſultus inquit. non multum intereſt abſuerit tutor cum negocium contraheretur, an præſens ignorauerit; quale eſſet quod contraheretur.* Parum non eſt, corpore aliquem præſentem eſſe, ſi animo alienus ſit, vt alibi Iuriſconſultus loquitur.

ALIVD.

Ex mutuo naſcitur condictio, *tot. tit. de rebus cred.* ſed cum do tibi pecuniam quaſi donaturus, tu quaſi mutuam eam accipis, ex hoc negocio naſcitur condictio, vt in noſtris propoſitionibus dicitur. Ergò mutuum contrahitur. R. Ex mutuo naſcitur condictio, ſcilicet certi. At cum do tibi pecuniam, donandi gratia, tu quaſi mutuam accipis, conſumpta pecunia naſcitur condictio, non certi ex mutuo, ſed condictio ſine cauſa. Pecunia enim mea apud te eſt ſine cauſa. Ergò conſumptam condico, extantem vindicare poſſum, quia accipientis facta non eſt, vt in noſtris propoſitionibus dicitur.

Poſitio XII.

At cum contrahendi mutui animus vtrinque adeſt, mutuum contrahitur, licet ſubtilitas verborum refragari videatur. Si enim tibi pecuniam donaui, vt tu mihi eandem crederes, licet huiuſmodi contractus propter ſubtilitatem verborum neque donatio eſt, quia non ea mente pecunia datur, vt omnimodò penes accipientem maneret, neque pecunia credita, quia exſoluendi cauſa magis datur, quâm alterius obligandi, egoq; meum magis quâm tuum accepiſſe videor: tamen benignius eſt vtrumque valere.

Nec

XIII.

Nec refert meo nomine, an alieno pecuniam mutuam dedero. Si enim nummos meos tuo nomine dedi velut tuos, abſente te & ignorante, tibi acquiritur condictio. Nec dubitatur, quin ſi meam pecuniam tuo nomine, tua voluntate dedero, tibi acquiratur obligatio, cum quotidiè credituri pecuniam mutuam ab alio poſcamus, vt noſtro nomine creditor numeret futuro debitori noſtro.

ARGVMENTVM I.

In 12. propoſitione dicimus, donationem eſſe, cum dono tibi pecuniam vt tu mihi eandem crederes. Contra. Donari dicitur quod ita datur vt ſtatim accipientis fiat, nec vllo caſu ad donatorem reuertatur *l. 1. de donation.* At cum dono tibi pecuniam vt tu mihi eandem credas, pecunia non ita fit tua, vt apud te maneat, nec ad me donatorem vllo caſu reuertatur. Reuertitur enim pecunia paulo poſt ad me, quia tu illam mihi credere obligatus es. Igitur donatio non eſt, cum dono tibi pecuniam vt tu mihi illam credas. R. Ad minorem. Cum dono tibi pecuniam, vt tu mihi illam credas, pecunia vi ipſa apud te manet, nec verè & cum effectu ad me redit, quia ego pecuniam tibi debeo, tu certi condictione quandocunque tibi placet, eam à me repetere potes.

ALIVD.

Dicimus pecuniam creditam fieri, quando dono tibi pecuniam vt mihi eandem credas. Et rectè hoc dicimus. Nam cum dono tibi pecuniam, vt tu ſtatim mutuo eam mihi dès, dominium à me in te transfertur, ac propterea iiſdem nummis poſtea mihi creditis, nouum dominium in his mihi quæritur *l. qui id quod. §. 1. de donation.* At contra ita argumentor. Quod datur ſoluendi cauſa, non datur cauſa alterius obligandi. Vna numeratio non poteſt duos effectus & quidem contrarios parere, liberationē & obligationem. At cū tu mihi credis pecuniam quam tibi donaui ea lege, vt ſtatim eandem mihi crederes, tu ſoluendi cauſa das pecuniam.

Digitized by Google

Ergo non das illam cauſa obligandi, ſicq; mutuum contrahendi. Vna numeratio hic pareret duos effectus, liberationē, & obligationē. Liberationem quia tu obligatus eras mihi credere pecuniam, ea obligatione liberaris, cum das mihi pecuniam mutuam. Obligationem pareret numeratio, quia dando mihi pecuniam mutuam, quam ego ea lege tibi donaui vt tu mihi eandem crederes, me obligares tibi & haberes certi condictionem per quam pecuniam à me repetere poſſes. Mutuum igitur non contrahitur, cum mihi credis pecuniam, quam ego tibi donaui vt crederes. R. Ad minorem ita reſpondet Donellus, cum do tibi pecuniam mutuo, quam mihi ea lege donaueras, vt tibi illam crederem, hic duæ diſtinctæ res ſunt, Vna quæ ſoluitur, Altera quæ in obligationem deducitur. Et quæ ſoluitur, nunquam ſoluendi cauſa ita datur, vt detur accipientis obligandi cauſa. Soluitur autem res quæ debetur. Debetur mihi, qui tibi pecuniam donaui vt tu mihi illam crederes non pecunia, alioquin ſolutam pecuniam nunquam repeteres, ſed hoc ſolum vt mutuum mecum contrahas. Et cum mecum contrahis, iam ſoluis, quod debebas mihi. Hæc ſolutio, liberat te obligatione qua mihi tenebaris, nec parit præterea ſolutio illa obligationem, ſed quod tibi obligor ex mutuo, hoc eo fit quod pecuniam mihi credis, quod pecuniam, quæ tua erat effecta per donationem meam, qui illam mutuo accipio, facis. Hæc Donelli ſolutio eſt, quæ vix ſubſiſtere poteſt, propterea quod Iuriſconſultus dicit, ſoluendi cauſa dari pecuniam. Pecunia igitur ſoluitur & pecunia debetur. Præterea mutuum non eſt, cum tecum contraho, cum id ago tecum, & tu id viciſsim mecum agis, vt mutua ſit tibi pecunia mea, hoc modo mutuum non ſit, Ergo nec dici poteſt te ſoluere mihi, cum hoc agis mecum, vt tua pecunia mihi ſit credita, Mutuum tunc ſit, cum pecunia mihi à te datur. Mutuum eſt contractus qui re perficitur. Nos ita, reiecta Donelli ſententia, dicemus. Non eſt nouum vt vna pecuniæ numeratio, vna ſolutio, pariat liberationem, & ſimul etiam obligationem *l. In numerationibus, de ſolut. & liberation.* Verbi gratia. Pecuniæ numeratæ vſusfructus, Titio eſt legatus. Heres numerando & ſoluendo pecuniam Titio, liberatur actione ex teſtamento, & ſimul obligat

gat ſibi Titium. Sic pone, heres eſt damnatus vendere aut locare Titio. Heres vendit aut locat Titio, & heres vendendo aut locando, & ex teſtamento liberatur, & obligat ſibi legatarium *d. l. in numerationibus, de ſolution. & liberation.* Ad eundem modum, cum dono tibi pecuniam, vt tu mihi eandem credas, tu ſoluendo pecuniam liberaris, & ſimul me tibi obligas.

A L I V D.

Dicimus mutuum contrahi, cum meam pecuniam alicui tuo nomine do, tibique acquiri condictionem. Contra. Per liberam perſonam obligatio vel actio non acquiritur, ſed poſſeſsio tantum. *§. ex his itaq; apparet, Inſtit. per quas perſonas nobis acquiritur. l. 1. l. per procuratorem. C. de acquir. poſſeß. l. 1. C. per quas perſonas nobis acquir.* Igitur cum meam pecuniam alicui tuo nomine do, tibi non acquiro condictionem. R. Donellus reſpondet ad hunc modum concedo totum argumentum. Nec enim cum meam pecuniam tuo nomine alicui mutuo do tibi acquiro condictionem. Sed tu tibi ipſi condictionem acquiris, cum dationem à me factam, ratam habes. Ex eo tempore, nummi qui mei fuerunt, tui videntur facti, & perinde res habetur ac ſi tu ipſe nummos mutuo dediſſes. Hæc Donelli ſolutio prorſus eſt vitioſa, & ſubuertitur *per textum in l. certi condictio. §. ſi nummos, de rebus credit. Ibi Iuriſconſultus ſcribit tibi acquiri condictionem, etiam te abſente & ignorante.* Rectius itaque dicemus, per liberam perſonam nobis obligationem & actionem non acquiri, hoc vno caſu excepto quando quis ſuos nummos noſtro nomine credit tunc enim nobis obligatio & actio ex mutuo acquiritur *d. l. certi condictio. §. ſi nummos, de rebus cred. l. 2. C. per quas perſonas nobis acquiratur. l. final. C. quando ex facto tutoris vel curatoris, minores agere vel conueniri poßint.* idq; propter frequentem vſum pecuniæ creditæ *d. l. certi condictio. §. ſi nummos, de rebus credit.* In d. l. 2. C. per quas perſonas nobis acquir. Imperator Iuſtinianus conſtituit, vt per liberam perſonam quæ noſtro nomine credit alicui pecuniam, non ſolum condictio nobis acquiratur, ſed etiam hypotheca vel pignus, quod olim ſecus erat *l. ſolutum. §. penult. de pignor. action. & d. l. 2. C. per quas perſonas.* Et ex Iuſtiniani conſtitutione Tribonianus ad d. l.

Digitized by Google

ſolutum. §. penult.de pignorat.action. hæc verba adiecit, plerumque. Item ſemper, quod notandum.

ALIVD.

Quæcunque gerimus, niſi ex noſtra perſona obligationis initium ſumant, inanem actum efficiunt *l. quæcunque gerimus, de O. & A.* Sed cum ego meos nummos tuo nomine do, velut tuos, te abſente & ignorante, quod geritur non ex tua perſona, obligationis initium ſumit. Igitur videtur dicendum quod totum quod agitur ſit inane, ſicque tibi condictio non acquiratur. R. Cum ego meos nummos tuo nomine do, velut tuos, te abſente & ignorante, ego contraho non tu, quod geritur ex mea perſona, initium obligationis ſumit. Pecunia mea eſt, hanc ego transfero ad illum cui illam mutuo do tuo nomine. Inter me & illum qui accipit à me pecuniam, negotium geritur & contractus celebratur. Verum ex illo negocio, ex illo contractu, non mihi acquiritur actio, condictio ex mutuo, ſed tibi cuius nomine pecuniam alicui mutuo dedi, quod vt ſupra dictum eſt, propter frequentem vſum pecuniæ creditæ eſt receptum,

ALIVD.

Contractus non fiunt niſi inter conſentientes *l. 1. de pact.* & oſtendit definitio contractus. Contractus eſt duorum aut plurium conſenſus, ex quo oritur actio. At qui abeſt & ignorat non poteſt conſentire, Igitur videtur dicendum quod mutuum non contrahas, cum ego meos nummos tuo nomine do, te abſente & ignorante. Et ſic per conſequens nec tibi acquiritur condictio ex mutuo. R. Cum ego nummos meos alicui do mutuo, tuo nomine, tu non contrahis ſed ego, vt antè dictum eſt. Ex hoc tamen contractu, tibi condictio acquiritur.

XIV. Poſitio.

Quod ſi credendi animo tibi debitorem meum iuſſero dare pecuniam, mihi obligaris, quamuis nummos meos non acceperis. Id enim ſingulari iure circa pecuniam creditam receptum eſt.

Quod

Digitized by Google

XV.

Quod igitur in duabus perſonis recipitur, hoc & in eadem perſona recipiendum eſt, vt cùm ex cauſa mandati pecuniam mihi debeas, & conuenerit, vt crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia, & à me ad te profecta.

ARGVMENTVM I.

In 14. propoſitione dicimus, mutuum contrahi, ſi debitorem meum iuſsi tibi dare pecuniam. Contra. Mutuum contrahitur inter debitorem & creditorem, cum creditor dat pecuniam, eo animo vt mutua fiat, & debitor accipit eodem animo pecuniam. At cum debitorem tuum mihi iubes dare pecuniam, negotium non geritur inter me & te, tu non das mihi pecuniam, nec ego illam à te accipio, ſed negocium geritur inter te & debitorem tuum. Igitur mutuum hoc caſu non contrahitur. R. Cum dicimus in 14. propoſitione, mutuum contrahi, teque mihi obligari cum debitorem meum tibi iubeo dare pecuniam, hoc ita accipiendum eſt, vt procedat, quando tu pecuniam mutuam à me petis, & ego cum non haberem, debitorem meum tibi iubeo dare pecuniam, vt mutuam illam habeas. Hic inter me & te agitur, vt pecunia quam debitor meus mihi debet, quamque tibi dare debet, mutua fiat. Negotium inter me & te contrahitur, vterque ſumus eo animo vt mutuum contrahatur. Ego hoc animo ſum, vt debitor meus quod mihi debet, tibi numeret, & pecunia mutua fiat. Tu etiam hoc animo es, vt mutua fiat pecunia, hoc animo accipis à debitore meo pecuniam, vt mutua fiat. Mutuum igitur contrahitur.

ALIVD.

Rurſus mutuum non poteſt contrahi cum debitorē meum tibi iubeo dare pecuniā, quia mutuū non contrahitur, niſi nūmos meos accipias, niſi pecunia à me ad te proficiſcatur. At pecunia quæ debitoris mei eſt, quamque debitor mihi debet, mea non eſt, nummi mei non ſunt. Pecunia non proficiſcitur à me ad te, ſed à debitore meo ad te proficiſcitur. Igitur videtur adhuc dicendum, mutuum non contrahi. Reſpon., Singulari iure receptum

ptum eſt, vt pecunia mutua fiat, cum debitorem meum iubeo tibi dare pecuniam *l. ſingularia. de rebus cred.* Ratio ſingularis iuris hæc eſt, quod debitor meus mihi videtur dediſſe pecuniam quam mihi debet, & ego illam rurſus tibi. Videtur mihi data pecunia, & à me ad te profecta, *vt Iuriſconſultus loquitur in d. l. ſingularia, de rebus credit.* Hicque vtimur breui quadam manu vt eo celerius negocium conficiatur. In iure noſtro duplex eſt manus. Longa manus & breuis manus. Longa manus eſt, cum pecuniam mihi debitam, in conſpectu meo, ponere te iubeo. Hic tu liberaris, & mea incipit eſſe pecunia, eaque mihi quodammodo manu longa tradita exiſtimatur. *Ita loquitur Iuriſconſultus in l. pecuniam, de ſolution.* Breuis manus meminit Iuriſconſultus in l. licet, de iure dot. Debitori meo accepto tuli, dotis conſtituendæ gratia, nuptijs non inſecutis, non liberatur debitor, niſi ſic accepto tuli, vt velim mulieri in totum donatum. Tunc enim credendum eſt inquit Iuriſconſultus breui manu acceptum à muliere, & marito datum, cæterum mulieri per liberam perſonam condictio non acquiritur. Breui itaque manu vtimur, cum debitorem meum tibi iubeo dare pecuniam, quia pecunia videtur mihi data, & à me ad te profecta. Ac celeritate coniungendarum inter ſe actionum, vna actio occultatur *l. 3. §. final. de donat. inter vir. & vxor.* Actio ibi non ſignificat ius perſequendi in iudicio quod ſibi debetur. *§. 1. Inſtitut. de action.* ſed ſignificat actum. Vna actio, hoc eſt vnus actus occultatur vt celeritate quadam actus inter ſe coniungantur.

ALIVD.

Decimæquintæ propoſitioni ex diametro videtur aduerſari l. qui negocia, Mandat. quæ Africani Iuriſconſulti eſt. Species ibi propoſita talis eſt. Procurator meus cum à debitoribus meis exegiſſet pecuniam, epiſtolam ad me miſit, qua ſignificauit ſe eam pecuniam debere ex cauſa mandati, eſt enim omnis procurator mandatarius vt definitio procuratoris oſtendit, & rogauit vt eam mihi deberet inpoſterum ex cauſa crediti ſub vſuris ſemiſsibus. Quæſitum fuit, an pecunia eſſet credita. Et reſpondet Africanus non eſſe creditam. Et probat Africanus ſuam ſententiam argumento ab abſurdo ad hunc modum. Si pecunia quam mihi

Digitized by Google

mihi debes ex cauſa mandati, pactione nuda (Epiſtola enim pro pactione eſt ſi ego non diſſenſero), conuerti poteſt in cauſam crediti, fiet & pecunia ex quacunque alia cauſa, ex quocunque alio contractu debita, nuda pactione credita Hoc autem eſt abſurdum, ergo & illud. Poſtea reſpondet Africanus argumentis quæ in contrarium adferri poterant. Primum in contrarium adfertur tale argumentum. Si depoſui apud te pecuniam meam, & conuenit vt credita eſſet, pecunia credita fit, quod nos etiam in penultima propoſitione dicimus. Ergo & cum ex cauſa mandati debetur pecunia, & conuenit vt credita eſſet, credita erit pecunia. Ad hoc argumentum ita reſpondet Africanus. Hoc quod de depoſito adfertur ſimile non eſt, idque oſtendit ad hunc modum. Nummi quos mihi debes ex cauſa depoſiti, mei ſunt. Ergo facilè tui fiunt, vbi ita conuenit. At nummi quos mihi debes, ex cauſa mandati, mei non ſunt. Fictio breuis manus, facilius admittitur in meis quàm in non meis nummis. Deinde in contrarium adfertur huiuſmodi argumentum. Si à debitore meo iuſſero, te accipere pecuniam, quam debitor meus mihi debet pecunia credita fit, quod nos quoque, in noſtris propoſitionibus affirmamus. Ergò credita quoque erit pecunia, quam ex cauſa mandati mihi debes, ſi conuenerit vt credita eſſet. Ad hoc argumentum reſpondet Africanus hoc modo. Quod dicitur pecuniam creditam fieri, cum à debitore meo iubeo te accipere pecuniam, id benignè receptum eſt. Et quod benignè receptum eſt ad alium caſum produci non debet. Sicuti hoc receptum eſt benignè, vt credita pecunia fiat, cum iubeo te accipere à debitore meo pecuniam. Ita ſimiliter benignè receptum non eſt, vt credita pecunia fiat, quam ex cauſa mandati apud te habes, ſi conuenerit vt credita eſſet. Non ſicuti illud receptum eſt, ita hoc quoq; receptum eſt, *vt loquitur in alio caſu Africanus, in l. eius qui in prouincia, de rebus credit.* Argumentis contrarijs refutatis Africanus ſuam ſententiam confirmat argumento à ſimili. Dedi tibi rem vendendam eo pacto, vt pecunia ex venditione redacta vtaris quaſi credita. Tu vendidiſti, & pecuniam accepiſti. Hæc pecunia nondum eſt mea, nec ex conuentione fit credita. Ergò non eſt etiam credita pecunia ſi debitam mihi ex cauſa

Digitized by Google

mandati, quæ mea nondum eſt, conuenerit vt credita eſſet. Quæritur poſtea de vſuris ſemiſsibus an peti poſsint ex pactione. Et ſignificat eas peti actione mandati, ſi credita eſſet pecunia non peterentur ex pacto vſuræ, ſed condictione ſi certum petetur.

Tandem quæritur an ex pacto periculum pecuniæ pertineat ad procuratorem. Hanc quæſtionem non proponit, ſed in fine legis definit tamen periculum eſſe procuratoris, perinde ac ſi credita eſſet pecunia, quod pacto agebatur. Pactio igitur non eſt inutilis quod vſuras ſemiſſes, & quoad ad periculi cauſam attinet. Hæc proponuntur in l. qui negocia, mandat.: atque ita quod Vlpianus affirmat & nos ponimus in 15, propoſitione, hoc prorſus negat Africanus. R. Africanus pugnat cum Vlpiano, nec vlla quærenda eſt ratio componendi diſsidij inter Vlpianum & Africanum. *Ita Fulgoſius, Molinæus cenſuerunt, Iacobus item Cuiacius in commentarijs ad Africanum in d. l. qui negocia, mandat. Et rurſus lib. 8. obſeruat. c. 8. Hugo Donellus contra putat, nullam eſſe pugnam inter Vlpianum & Africanum, ſed vtrumque rectè ſentire. In alia enim ſpecie putat Vlpianum loqui, in alia Africanum. Vlpianus loquitur in vtroque caſu in debitore præſente. Si debitor præſens ſit, & iubeam debitorem tibi dare pecuniam, tunc mutuum contrahitur, idq; ſingulari iure, & benignè ita receptum eſt, quia debitor mihi videtur dare pecuniam, ego rurſus illam tibi.* Vtimur hic benigno & ſingulari iure fictione quadam cum enim præſens ſit debitor potuit facilè mihi dare pecuniam, & ego illam tibi, & ideò hoc fingimus factum eſſe. Sic cum conuenit vt pecuniam quam mihi debes ex cauſa mandati, ſit tibi credita, pecunia ſit mutua, quia cum præſens ſis, facilè potuiſti mihi dare pecuniam, & ego illam tibi, ideoque hoc fingimus eſſe factum, vtimur fictione breuis manus, cum per rerum naturam id fieri facilè potuerit. Africanus contra loquitur: in debitore abſente. Debitor enim Epiſtolam miſit ad creditorem in eaque ſignificauit, pecuniam ex mandanti cauſſa apud ſe eſſe & petijt vt ex cauſa crediti illam ſibi retinere liceret. Hic pecunia debita ex cauſa mandati, non ſit credita. Ratio eſt, quia debitor abſens fuit. Hic fictione, non poſſumus vti, breuis manus, quia ego abſenti creditori non poſſum

mox

Digitized by Google

mox dare pecuniam, nec creditor abſens illam mihi rurſus poteſt dare. Natura non patitur hoc, ergo nec tale aliquid poſſumus fingere. Hæc Hugonis Donelli eſt ſententia quam ſentio non omninò improbandam eſſe.

XVI. Poſitio.

Si rogaſti me, vt tibi pecuniam crederem, & ego cùm non haberem, lancem tibi dedi, vel maſſam auri, vt eam venderes, & nummis vtereris, ſi vendideris, mutua pecunia fiet.

ARGVMENTVM.

Cum hac propoſitione rurſus pugnat Africanus *in d. l. qui negocia, mandati*, atque ita Cuiacius ſentit, verè Africanum cum Vlpiano pugnare *in l. rogaſti, de rebus credit.* & fruſtra laborare eos qui l. qui negocia conantur conciliare cum d. l. rogaſti. Hugo tamen Donellus ita Africanum & Vlpianum conciliat. Species inquit ab Africano ita propoſita eſt, quaſi lancem argenteam tibi vendendam dederim mutui quidem cauſa, non tamen ita, vt eo vſque exſpectares, donec venderes, & pecunia inde redacta eſſet mutua; quæ res mutuum impedit. At in d. l. rogaſti, de rebus cred. inquit Donellus dedi tibi lancem vt venderes, & pecunia ex precio redacta in mutuum conuerteretur. Hic perinde eſt atque ſi ego tibi dederim pecuniam, & ideò mutua fit. Sic pone rogaſti me vt pecuniam mutuam tibi darem, ego cùm non haberem rem tibi dedi æſtimatam, puta 20. Hic mutuum ſtatim ab initio contrahitur *l. pro mutua. C. ſi cert. petatur.*

XVII. Poſitio.

Similiter ſi depoſui apud te decem, & poſtea permiſi tibi vti, etiam antequam moueantur decem, quaſi mutua tibi condicere poſſum, ex Neruæ, Proculi & Marcelli ſententia, quam etiam Vlpianus probauit, nec ab ea Africanus alienus eſt.

Digitized by Google

XVIII

Quod ſi ab initio cum deponerem vti tibi, ſi voles, permiſero, credita pecunia non erit, antequam mota ſit, quoniam debitum iri non eſt certum.

Quæ huc pertinent partim tractatu de rebus creditis partim prima diſputatione inueniuntur.

DISPVTATIO TERTIA ET poſtrema ex Tit.
DE REBVS CREDITIS,

De qua

Publici exercitij gratia reſpondebit

ARNOLDVS DE REYGER.

I. Propoſitio.

MVtuum aut purè contrahitur, aut in diem, aut ſub conditione, ſicuti ſtipulatio. Omnia enim quæ inſeri ſtipulationibus poſſunt, eadem poſſunt etiam numerationi pecuniæ, & ideò conditiones.

II.

Conditionum verò aliæ ad præſens tempus conferuntur, aliæ in præteritum, aliæ in futurum.

III.

Cum ad præſens tempus conditio confertur, nec ſtipulatio ſuſpenditur, nec mutuum. Et ſi conditio vera ſit, tenet ſtipulatio, itemque mutuum: quamuis tenere

nere contrahentes conditionem ignorent: veluti, ſi rex Parthorum viuit, centum dare ſpondes: Aut, ſi rex Parthorum viuit, credita tibi pecunia erit.

IV.

Eadem ſunt & cùm in præteritum conditio confertur. In præſentibus enim & præteritis, rerum naturam, in qua præſentia & præterita certa ſunt, non noſtram inſcientiam intuemur.

V.

Cum in futurum confertur conditio, tunc poteſtatem conditionis obtinet pendetque mutui datio ac ex poſtfacto confirmatur. Vt ſi dem tibi mutuos nummos, vt ſi nauis ex Aſia venerit, tui fiant: ſiſque mihi obligatus.

ARGVMENTVM.

In quarta propoſitione dicitur, in præſentibus & præteritis, nos rerum naturam intueri, non noſtram inſcientiam. Contrarium omninò ſcriptum eſt in l. ſed etſi. §. final. de iudicijs. Ibi Iuriſconſultus inquit, rerum naturam non eſſe intuendam, in qua omnia eſſent certa ſed noſtram inſcientiam aſpici debere. R. Nos hic loquimur de præſentibus & præteritis. In præſentibus & præteritis, rerum naturam intuemur, non noſtram inſcitiam aut inſcientiam *vt ſcriptum eſt in d. l. ſed etſi. §. final. de iudicijs.* In d. l. ſed etſi. §. final agitur de futuris. Et in futuris non intuemur rerum naturam, in qua omnia certa ſunt, cum futura vtique fiant, ſed noſtram inſcientiam inſpicimus. Nota quod Iuriſconſultus inquit futura vtique fieri. Hæc fuit Diodori ſententia, quam Paulus refert, & ſequitur. Alij tamen eam non probant. Nec enim quod futurum eſt, neceſsè eſt fieri, cum poſsit non fieri, ex ſententia Ariſtotelis, Chryſippi, & Stoicorum omnium quos Iuriſconſulti à Stoicis inſtituti, ſequuntur. Hoc addendum eſt *in d. l. ſed etſi. §. final. de iudicijs* agi de patrefamilias mortuo, relicto vno filio & vxore prægnante. Quæritur pro

Digitized by Google

qua parte filius à debitoribus paternis, debitum poſsit petere. In hac quæſtione diſſentiunt Proculiani & Sabiniani. Proculiani ſpectant rerum naturam. In rerum natura, ea quæ futura ſunt, certa ſunt ex Diodori ſententia. Quod futurum eſt, fieri neceſsè eſt, quia futurum eſt, fietque omninò. Per rerum autem naturam certum eſt, vnum eſſe in vtero, vnum naſciturum. Igitur filius partem dimidiam creditam poteſt petere. Sabiniani contra non ſpectant rerum naturam ſed noſtram inſcientiam. Nos non poſſumus ſcire, an vnus tantum ſit in vtero, an duo, an tres. Ideoque filius interim non niſi quartam partem petet, quia tres poſſunt naſci.

Ante conditionis euentum non debetur, ſed tamen propter ſpem creditores habentur in quibuſdam caſibus. *Vide Fornerium in l. creditores & in l. conditionales §4. de V. S.*

VI. Propoſitio.

Effectus mutui eſt, vt recipiamus non eandem ſpeciem, quam dedimus (alioquin commodatum erit aut depoſitum) ſed idem genus. Nam ſi aliud genus, veluti pro tritico vinum recipiamus non erit mutuum.

VII.

Et quod recipimus æquè bonum eſſe debet, ac fuit, quod datum eſt. Cum enim quid mutuum damus, etſi non cauimus, vt æquè bonum nobis redderetur, non licet debitori deteriorem rem, quæ ex eodem genere ſit, reddere, veluti vinum nouum pro vetere. Nam in contrahendo quod agitur pro cauto habendum eſt. Id autem agi intelligitur, vt eiuſdem generis & eadem bonitate ſoluatur, quâ datum eſt.

VIII.

Itaque & aureis mutuo datis aurei reddendi ſunt, non nummi argentei, etſi eiuſdem valoris & æſtimationis cum aureis fuerint.

Multò

Digitized by Google

IX.

Multò minùs, aureis mutuo datis, in quacunque moneta minimi valoris, ſolutio fieri poteſt.

X.

Sed & aureis mutuo datis, ſiue creuerit ſiue decreuerit valor eorum, aurei ſunt reddendi, ſi haberi poſſunt, & augmentum creditoris commodo, decrementum eius incommddo cedit.

XI.

Sicuti in vino mutuò dato contingit, vbi creditoris commodum & incommodum eſt, ſi auctum vel diminutum fuerit vini precium.

ARGVMENTVM I.

In ſexta propoſitione dicimus, ſi eandem ſpeciem quam dedimus, recipiamus, commodatum eſſe aut depoſitum. Imò poteſt eſſe pignus aut precarium. Ergò enumeratio hic poſita, non eſt ſufficiens. R. Non negamus poſſe pignus eſſe aut precarium ſi eandem ſpeciem recipiamus. Sed commodati aut depoſiti, ideò mentionem fecimus, quia Iuriſconſultus ita loquitur in l. 2. de rebus cred.

At dices.

Imò commodatum non poteſt eſſe. Commodare enim eſt rem vtendam dare. At pecuniæ nor eſt vſus, ſed abuſus. Igitur pecuniæ datione commodatum non contrahitur. R. ad minorem. Pecuniæ non eſt vſus ſed abuſus, quando pecunia pro quantitate ſumitur. At quando ſumitur pro corpore, tunc pecuniæ etiam vſus eſt, & pecuniæ traditione. Commodatum rectè contrahitur.

ALIVD.

Si pecunia mutuo accepta non indigeam, eandem pecuniã tibi reſtituere poſſum. Ergo in mutuo eadem ſpecies, quæ accepta fuit mutuo, reddi poteſt. R. Fieri poteſt, vt quis reddat illam ipſam ſpeciem, quam mutuo accepit, ſi fortè pecunia non indigeat. Nec nos id negamus, ſed hoc dicimus, in mutuo non id agi vt eandem ſpeciem recipiamus. Id ſi agatur, non erit mutuum.

Et

Et cum id actum non eſt vt eadem ſpecies redderetur, ſed vt idem redderetur in genere, quamuis poſtea eadem ſpecies reddita fuerit, nihilominus erit mutuum. Quia in contractibus, initium inſpicimus, non implementum, quemadmodum veteres Interpp. non ineleganter locuti ſunt.

Dicimus in ſeptima propoſitione, in contrahendo quod agitur, pro cauto habendum eſſe. Obſtat l. quicquid, de Verbor. obligation. quicquid aſtringendæ obligationis cauſa eſt, id niſi palam verbis exprimatur, omiſſum eſſe, intelligendum eſt. Ecce in ſtipulatione quod agitur, pro cauto non habetur. R. Lex illa loquitur in dubio. *Petrus Faber in l. ſemper in obſcuris, de R. I.* In dubio cum non apparet quid actum ſit, quod actum eſt pro cauto non habetur. At cum apparet quid actum ſit, ſemper in ſtipulationibus & in cæteris contractibus id ſequimur quod actum eſt *l. ſemper in ſtipulationibus, de R. I. l. cum qui Calendis, de Verbor. obligation.* Sequimur quod actum eſt quia pro cauto habetur. At tunc tantum ſequimur, cum apparet; cum non apparet, ſequimur quod propius eſt *l. ſi venditor. §. final. de action. empt.* quod veriſimilius eſt *l. quæro. §. inter locatorem, verſicul. Paulus, Locati l. in obſcuris 114. de R. I.* aut quod plerumque fieri ſolet *d. l. in obſcuris* quod in regione in qua actum eſt, frequentatur *d. l ſemper in ſtipulationibus, de R. I.*

ALIVD.

At obſtat l. vltim. C. de nouation. ibi non fit nouatio, quamuis id actum ſit, ſed neceſſe eſt vt dicatur ſtipulationem eſſe interpoſitam nouandi cauſa. R. Olim fiebat nouatio ſi hoc actum eſſet, ideoque ſub titulo. C. ſæpiſsimæ leguntur hæc verba, ſi hoc actum ſit, ſi hoc agatur *l 2 6 8. de nouation. & delegation. l. ſi vnus. §. pactus ne peteret, de pact.* Hodiè non aliter fit nouatio quàm ſi hoc expreſsè fuerit dictum, *& hoc eſt ex Iuſtiniani conſtitutione, hoc eſt, ex d. l. vlt. C. de nouation.*

ALIVD.

Non videtur datum ob cauſam, vbi nominatim cauſa adiecta non eſt *l. ſi repetendi. C. de condiction. ob cauſam dat.* Ergo quod actum

Digitized by Google

actum eſt non habetur pro cauto. R. Hoc quoque in dubio procedit.

A L I V D.

In dubio, cum non apparet quid actum ſit, quod actum eſt, pro cauto non habetur, vt ſupra diximus. At cum mutuo damus, & non cauimus vt eiuſdem generis res, & eadem bonitate ſoluatur, res in dubio eſt, nec apparet quid actum ſit. Ergò quod actum eſt, pro cauto non eſt habendum. R. Nego minorem. Cum enim quid mutuo damus, etſi non cauimus, vt æquè bonum nobis redderetur, non tamen res eſt in dubio, ſed apparet quid actum ſit, nempè hoc, vt eiuſdem generis & eadem bonitate ſoluatur, qua datum eſt. *Sic enim Iuriſconſultus docet in l. cum quid, de rebus creditis.*

At dices.

Vnde apparet id actum eſſe vt eiuſdem generis & eiuſdem bonitatis res ſolueretur. R. Hoc apparet ex verbo mutuo, ex rebus, quæ mutuo dantur, & ex vſu & conſuetudine contrahentium. Ex mutui verbo hoc apparet. Nam cum do tibi mutuo, id ago, vt de meo fiat tuum, & de tuo rurſus fiat meum, ſicque ego meum recipiam. At non videor meum recepiſſe, niſi eiuſdem generis rem recipiam & eadem bonitate. In mutuo igitur id agitur, vt eiuſdem generis & eadem bonitate ſoluatur res. Hoc res ipſa, quæ mutuo datur, ſatis quoque oſtendit. Nam res quæ mutuo datur, in pari pondere, pari numero, pari menſura ſemper æquiualere debet. Res autem non æquiualebunt in pari pondere, pari numero, & pari menſura, niſi eiuſdem generis ſint & eiuſdem bonitatis. In mutuo ergo agitur, vt in eodem genere res ſoluatur, & in eadem bonitate. Denique ex vſu & conſuetudine contrahentium id probatur. Nam vſu & conſuetudine contrahentium hoc receptum eſt, vt rebus mutuo datis, eiuſdem generis res ſoluantur, & eadem bonitate.

A L I V D.

Expreſſa nocent, non expreſſa non nocent. Ergo quod agitur pro cauto non habetur, quia poſſet nocere. R. Expreſſa nocent, quandoque ſcilicet, non ſemper. Et quod agitur, ha-

betur pro cauto, non cum nocere poteſt, ſed cum poteſt prodeſſe. Hoc ex ipſo cautionis verbo intelligitur. Cauere, eſt proſpicere ſibi. Et proſpicit quis ſibi, non vt deteriorem ſuam faciat conditionem, ſed meliorem.

ALIVD.

Dicimus eiuſdem generis res, & eadem bonitate ſolui debere. At obſtat l. vinum, de rebus credit. Ibi vinum mutuo fuit datum, & tamen non vinum creditur ſed æſtimatio. R. Primò, Vino mutuo dato, competit non tantum condictio certi, ſed etiam actio triticaria. Actio autem triticaria eſt arbitraria actio, & in actionibus arbitrarijs duas ſententias iudex profert. Primum enim reum condemnat ad reſtitutionem rei. Poſtea reum condemnat in æſtimationem, ſi vinum non reſtituatur. Secundò, In mutuo eiuſdem generis res ſemper debet reddi, idq; in mutuo agitur. Is etiam qui vinum mutuo dedit, vinum petit, æſtimationem petere non poteſt, cum non ſit in obligatione. At plerumque qui vinum debet, aut oleum, frumentum, nec ſoluit, quanti vinum eſt, aut oleum vel frumentum condemnatur officio iudicis, & hoc conſuetudine ita receptum eſt. Officio iudicis, vini, olei, aut frumenti fit æſtimatio, & in æſtimationem illam reus damnatur. Indicat hoc Cicero in Frumentaria his verbis: Petiuit vt ſibi pro frumento, quanti frumentum eſſet, dare liceret. Ex huiuſmodi principio atque ex liberalitate, atq; accommodatione magiſtratuum, conſuetudo æſtimationis introducta eſt. Hæc Cicero, Idem oſtendit Iuriſconſultus *in l. final. de condict. triticar. & in l. quoties 59. cum l. ſeq. de Verbor. obligat.*

ALIVD.

Videtur obſtare l. fideiuſſorem 52. mandat. vbi dicitur eum qui triticum debet liberari dando quodlibet triticum. R. Sed hic de mutuo agimus, ibi de ſtipulatione.

ALIVD.

Non obſtat l. final. C. de fideicom. libert. vbi Iuſtinianus iudicem vocat ſtultum, qui re petita in æſtimationem condemnat. R. Loquitur ibi Iuſtinianus de ſeruo legato, ea lege vt à legatario manumitteretur. Hic iudex heredem non debet condemnare in æſtima-

Digitized by Google

æſtimationem, ſed in hoc vt ſeruum det quod fauore libertatis Iuſtinianus conſtituit.

ALIVD.

Rurſus non obſtat quod ſententia debet eſſe conformis libello *l. vt fundus, commun. diuidund.* R. Hoc non procedit cum vinum, oleum aut frumentum petitur. Tunc enim iudex propter receptam conſuetudinem in æſtimationem condemnare poteſt.

ALIVD.

Dicimus aureis mutuo datis, aureos reddendos eſſe, non monetam argenteam. Contra. In pecunia, non materiam ſpectamus ſed quantitatem, non ſubſtantiam ſed valorem & æſtimationem *l. 1. de contrahend. emption.* Ergò qui aureos mutuo accepit, argenteam monetam eiuſdem valoris & æſtimationis reddere poteſt. R. Verum eſt, quod pecuniæ vis & bonitas adeoque ſubſtantia pecuniæ conſiſtit in quantitate, in æſtimatione. Et in omni moneta non materiam ſpectamus, ſed æſtimationem *d. l. 1. de contrahend. empt.* Sed hoc ita eſt, niſi certum corpus datum fuerit. Certo corpore dato, vt aureis creditis, aurei ſunt reddendi, non moneta argentea.

ALIVD.

In l. quæ extrinſecus, 65 de verbor. obligat. tibi ſtipulanti denarios, eiuſdem quantitatis aureos promiſi, & obligor. Ergò in denarijs, itemq; aureis non materiam ſpectamus ſed quantitatem ſiue valorem, & quantitatem inſpicientes, cõgruunt reſponſio & interrogatio. Si formam ſiue materiam inſpiceremus, non congrueret reſponſio interrogationi, & ſtipulatio nullius eſſet momenti. R Differentia eſt inter ſtipulationem & mutuum, cum tu ſtipularis denarios, & ego tibi eiuſdem quãtitatis aureos promitto. Vterq; noſtrum quantitatem ſpectat, non materiam. At cum do tibi mutuo decem aureos, certum corpus tibi do, & ideò id agitur inter me & te, vt eiuſdem generis, alia corpora reddas. Si tibi ſtipulanti denarios, aureos promittam, valet ſtipulatio propterea quod tu quantitatem; ſiue valorem, & æſtimationem ſtipulatus videris. At in mutuo certum corpus datur, & ideò certum corpus in eadem materia ſiue forma reddi debet. *Sic. in l. 1. §. vltim. l. cum aurum & in l. Titia, de auro & argent. legat. & in l. ſi quis argentum in principio. Cod. de donationibus*

Digitized by Google

quinque pondo auri fuerunt legata. Et reſpondetur, vel pretium vel aurum præſtari debere. Sed hoc ideo, quia quantitas fuit legata vel donata. In mutuo certum corpus datur. Ergo corpus eiuſdem generis reddi debet.

ALIVD.

Obſtat l. creditorem 99. de ſolution. ibi Paulus reſpondit, creditorem non eſſe cogendum in aliam formam pecuniam accipere, ſi ex ea re damnum ſit paſſurus. Ergo ſi non eſt damnum paſſurus creditor, cogitur in aliam formam pecuniam accipere. R. Particula SI, ibi, pro quia accipitur, *vt & in l. qui Romæ. §. Agerius, de Verbor. obligation. & ſimilia loca notauit Barnabas Briſſonius in lexico.*

ALIVD.

Dicimus aureos reddendos eſſe, ſiue valor creuerit, ſiue decreuerit. Sed contra. Vbi eadem eſt ratio, idem quoque ius debet ſtatui. Sed ratio quæ militat in bonitate rei, eadem militat in æſtimatione. Ideò res, eadem bonitate debet reddi, ne damno creditor afficiatur. Ob hanc ipſam cauſam, res eadem æſtimatione debet reddi, ne damnum creditor ſentiat. Igitur æſtimatio non minus quàm bonitas, attendenda eſt, & aureis mutuo datis, ſi valor eorũ decreuerit, aurei ſupplendi erunt. R. Nego minorem. Nec enim bonitatis & æſtimationis eadem eſt ratio. Nam bonitas rei ineſt à natura. Aeſtimatio, hominum iudicijs & arbitrio conſtat. Deinde bonitas eſt perpetua, quàm diu res integra eſt. Aeſtimatio eadem bonitate rei manente, perpetua non eſt. Et propterea in mutuo id agitur vt eadem bonitate res reddatur non id agitur vt reddatur eadem æſtimatione.

ALIVD.

Officium ſuum nemini debet damnoſum eſſe. *l. ſi ſeruus. §. quod verò, de furt.* Damno autem afficeretur creditor ſi vinũ quod potuit vendere quadraginta aureis, cogatur recipere tunc, cum ſi velit, non poſsit vendere niſi dimidio minoris. Igitur aut vinum eadem æſtimatione debet reddi, aut damnum imminutæ æſtimationis præſtari. R. Quamuis fieri poſsit vt damno afficiatur creditor, tamen id in conſideratione non habetur, propterea

quod

quod hac lege mutuum datum eſt, vt debitor idem redderet in genere, & eadem bonitate, non eadem æſtimatione. Et hoc moleſtè ferre non debet creditor, cum commodum auctæ æſtimationis ipſius ſit futurum. Et qui ſentit commodum, debet quoque ſentire incommodum. *l. ſecundum naturam, de R. I.* Præterea officium ſuum non debet eſſe damnoſum inuito ſcilicet. Volenti poteſt, quia volens potuit etiam donare.

ALIVD.

At rurſus dices, non reddere mutuum eadem æſtimatione qua acceperis, hac ratione eſt iniquum, quod nemo debet locupletari cum alterius iactura & damno. Sed debitor locupletatur cum alterius iactura & damno &c. R. Non videtur iacturam aut damnum pati, qui volens id facit. *l. quod quis l. nemò videtur, de R. I.* Id fit in mutuo &c. Deinde nemo debet locupletari cum iactura alterius, altero inuito.

XII. Propoſito.

Sed & totum, quod datum eſt, reddi debet, nec compellitur creditor inuitus partem recipere, cùm particularis ſolutio non minima incommoda habeat.

XIII.

Rectè ergò quidam exiſtimârunt, neq; eum, qui decem peteret, cogendum quinque accipere, & reliqua perſequi: neque eum, qui fundum ſuum diceret, partem duntaxat iudicio perſequi.

XIV.

Iulianus tamen in vtraq; cauſa humaniùs facturum Prætorem exiſtimauit, ſi actorem compulerit ad accipiendum id quod offeratur, cum ad officium eius pertineat, lites diminuere.

ARGVMENTVM. I.

Dicimus creditorem inuitum non cogi partem accipere *quod probat l. tutor. §. Lucius Titius, de vſuris. & multis rationibus poteſt confirma-*

Digitized by Google

firmari. l. Traditum eſt, alteri per alterum iniquam conditionem non debere inferri. *l. non debet, de R. I.* At ſi debitor inuito creditori poſſet partem ſoluere, tunc iniqua conditio, creditori per debitorem inferretur, quia particularis ſolutio habet multa incommoda.

Secundò. Debitor non debet creditori minus ſoluere quàm debet. *§. ſi quis agens. Inſtitut. de actien.* At debitor minus ſolueret quàm debet. Ergo &c.

Tertiò. Si debitor poteſt creditori inuito partem ſoluere, non eſt neceſſe vt lex 12. tabular. hoc nominatim det heredibus debitoris. Sed lex heredibus hoc dat, *l. heredes, famil. ercisc.* Inuito igitur creditori, pars ſolui non poteſt, ſed excipiendi ſunt hi caſus.

1. Si hac lege pecunia ſit mutuo data, vt liceret debitori particulatim eam ſoluere, *d. l. tutor. §. Lucius Titius, de vſuris.*

2. Fallit in fideiuſſoribus, inter illos obligatio diuiditur ex Epiſtola D. Hadriani ſi oppoſita fuerit *l. inter fideiuſſores, de fideiuſſor.*

3. Caſus. Non procedit in heredibus debitoris, inter quos obligatio & ſolutio diuiditur *per l. 12. tabul. l. heredes, famil. hercıſcund.*

4 Non procedit in Reliquatoribus. Illi enim reliqua, quæ diſtincta & ſeparata ſunt à principali debito, particulatim ſoluunt. Vt ſi Emphyteuta intra biennium Canonem non ſoluit, poteſt tertio anno, vnius anni Canonem ſoluere, eumque dominus accipere tenetur, aliàs conſtituitur in mora, & Emphyteuta ſoluens tertio anno, non duorum annorum præteritorum Canonem, ſed vnius anni duntaxat, à caducitate excuſatur.

5. Non procedit in debitore qui promiſit ſoluere duobus in locis copulatiuè, hoc modo Epheſi & Capuæ 100. dabo. Hic rectè partem Epheſi, partem Capuæ ſoluit *l. 2. §. ſi quis ita, de eo quod certo loco.*

6. Non procedit fauore libertatis *l. cum heres 4. §. item ſi decem, de ſtatu liber.* Si ergò Dominus ſeruo libertatem reliquit ſub conditione ſi decem dederit heredi, ſeruus per partes decem poteſt ſoluere.

7. Non procedit in debitore, cuius debitum partim liquidum, partim illiquidum eſt, *l. quidam exiſtimârunt, de rebus credit.*

8. Non

8. Non procedit in Emphyteutis & Collatoribus Principis, illis permittitur particulatim ſoluere, *l. final. C. de Apoch. lib. 10. l. placuit. C. de collato. fundo. patrimon. lib. 11.* Tributa itaque ſolui poſſunt per partes, dummodo annuum tributum, in tres ſolummodo partes diuidatur.

9. Non procedit in compenſatione. Vt ſi debeam centum alicui, & is mihi incipiat debere 50. Hic quinquaginta inuito ſoluere poſſum, quia reliqua 50. ſunt compenſata, *l. cum alter alteri, de compenſation.*

10. Non procedit in debitoribus qui non tenentur, niſi quatenus facere poſſunt.

11. Non procedit in pauperibus qui ſoluendo non ſunt, tunc iudex moderatur ſolutionem, *c. Odoardus, de ſolutionib.*

12. Denique non procedit in debitore qui plures dedit fideiuſſores. Hic licet directò, ſuo nomine ſoluere nequit: tamen per obliquũ nomine vnius fideiuſſoris partem eius offerre poteſt, & eam creditor recipere tenetur *l. in his, §. ſi duos, de ſolution.*

ALIVD.

Qui hominem debet, inuito creditori poteſt partẽ ſoluere, ſed non liberatur antequam in eodem homine reliquam partem ſoluerit *l. 2. de verb. obligat.* Et locus ille, neceſſariò accipiendus eſt de illo qui inuito creditori ſoluit. Nam ſi debitor volenti creditori ſolueret, liberaretur. Cum aliud pro alio volenti ſolui poſsit. Ergò debitor quantitatis inuito creditori rectè etiam partem ſoluit. R. Antecedens falſum eſt. Volenti quidem creditori pars hominis ſoluitur rectè, non inuito, non tamen debitor liberatur, ne ſolutio contingat in diuerſis hominibus.

ALIVD.

Quod ſtatuitur in vno correlatiuorum, ſtatui quoque debet in altero. Sed creditor poteſt particulariter agere inuito debitore. Ergo & debitor poteſt particulariter inuito creditori ſoluere R. Maior vera eſt quando in correlatiuis vna eſt ratio. Creditor ideo particulariter agit quia ipſi debetur pecunia, neque ex eo læditur, quod particulariter agit, aut ſi læditur non videtur lædi, quia quod quis ſua culpa damnum ſentit, non videtur ſentire, *lege quod quis, de R. I.* Contra debitor debet pecuniam

cuniam, & ſi ipſi licitum eſſet particulariter ſoluere, læderetur creditor quia particularis ſolutio non minima incommoda habet *l.3. famil. herciſcund.*

A L I V D.

Titio qui decem debet mortuo, duobus heredibus relictis, poteſt vnus heredum ſoluere quinque eaque creditor accipere tenetur. Ergò poteſt quoque defunctus partem ſoluere inuito creditore, quia ex perſona heredum, conditio obligationis non immutatur *l.2.§.ex his,de verbor. obligat.* R. Titius non potuit partem ſoluere inuitis creditoribus, heredes poſſunt, quia obligatio ex l.12. tabul. diuiditur inter heredes, *d.l.heredes,famil.herciſc.* Nec hic ex perſona heredum conditio obligationis immutatur. Obligatio fuit diuidua, Titio viuente, manet quoque diuidua, Titio mortuo. At hòc eſt ex l. 12. tabul. quod vnus heredum partem ſuam ſoluere poteſt.

A L I V D.

Si debitor, inuito creditori non poteſt partem ſoluere, propterea quod particularis ſolutio non minima incommoda habet, iniqua eſt lex 12. tabulat. quæ obligationem inter heredes diuidit. At abſurdum eſt hoc dicere. Ergò &c. R. Lex 12. tabul. non eſt iniqua, propterea quod diuidit obligationem inter heredes. Nam ſinguli heredes non repræſentant defunctum in ſolidum, ſed pro partibus hereditarijs tantum. Igitur æquiſsimum eſt, vt pro partibus quoque hereditarijs æs alienum ipſius defuncti exſoluant. Et quamuis creditori hoc, incommodum adferat, tamen illud incommodum non conſideratur in heredibus debitoris, qui maiori incommodo afficerentur quàm creditor, ſi ſinguli in ſolidum tenerentur.

XV. Propoſitio.

Nec liberatur debitor dicendo pecuniam mutuam acceptam caſu aliquo fortuito perijſſe: incendium quippè ære alieno debitorem non liberat.

XVI.

Quod in depoſito, alijſque contractibus ſecus eſt,

Digitized by Google

eſt, niſi cauſa aliqua intercedat, quæ idem ſuadeat.

XVII.

Vt ſi quis nec cauſam nec propoſitum fœnerandi habuerit, & tu, empturus prædia, deſideraueris mutuam pecuniam, nec volueris crediti nomine, antequam emiſſes, ſuſcipere, atq; ita creditor, qui neceſſitatem fortè proficiſcendi habebat, depoſuerit apud te hanc eandem pecuniam, vt ſi emiſſes, crediti nomine obligatus eſſes, hoc depoſitum periculo eſt eius, qui ſuſcepit.

XVIII.

Sic qui rem vendendam, puta lancem vel maſſam auri accepit, vt precio vteretur, periculo ſuo rem habebit.

XIX.

Eſt etiam periculum debitoris, ſi res poſt eius moram perierit. Sic enim Pomponius Iuriſconſultus inquit. Quod te mihi dare oportet, ſi id poſtea perierit, quàm per te factum erit, quò minus id mihi dares, tuum id fore detrimentum conſtat. Sed cum quæritur, an per te factum ſit, animaduerti debebit, non ſolum in poteſtate tuâ fuerit id, nec ne, aut dolo malo feceris quò minus eſſet, vel fuerit, nec ne, ſed etiam ſi aliqua iuſta cauſa ſit, propter quam intelligere deberes, te dare oportere.

ARGVMENTVM I.

Dicitur in 17. propoſitione, depoſitum eſſe periculo eius qui ſuſcepit. Contra depoſitarius de dolo tantum tenetur *§ præterea Inſtitut. quibus mod. re contrah. obligatio.* Igitur periculum ad eum non pertinet. R. Vulgò ita reſpondent In l ſi quis nec cauſam, de rebus cred periculum complectitur non tantum dolum, & culpam leuem, ſed etiam omnem culpam quamuis leuiſsimam, non tamen caſum fortuitum, & perit quidem depoſitario res,

Ff quam-

quamuis leuiſsima eius culpa perierit, non tamen ſi perierit caſu. Sed huic ſententiæ, repugnat ſignificatio verbi periculi quod ſignificat caſum fortuitum. Nec obſtat quod depoſitarius, dolum tantum præſtat. Nam hoc verum, niſi cauſa aliqua intercedat, propter quam, periculum quoque ad depoſitarium pertinere debeat. In decima ſeptima autem propoſitione, cauſa eſt iuſtiſsima propter quam periculum ad depoſitarium ſpectat. Depoſitarius enim mutuam pecuniam deſiderauit, nec tamen voluit eſſe mutuam pecuniam antequam emiſſet. Et creditor qui neceſsitatem proficiſcendi habebat, depoſuit pecuniam vt ſi emiſſet depoſitarius, crediti nomine obligatus eſſet. Hoc depoſitú meritò depoſitarij periculo eſt. Niſi enim ipſe deſideraſſet mutuam pecuniam, creditor non depoſuiſſet. Et depoſitum hoc parum abeſt à mutuo cum depoſitarius eo animo acceperit pecuniam vt mutua fieret aliquando, creditor etiam eodem animo depoſuerit, vt mutua eſſet pecunia, ſi depoſitarius emiſſet.

A L I V D.

Caſus fortuiti, in nullo iudicio præſtantur: Ergo nec in mutuo. R. Regula hæc, caſus fortuiti, in nullo iudicio præſtantur, ad mutuum non pertinet. §. *item is, Inſtitut. quibus mod. re contrah. obligat. Ibi dicitur. Eum qui mutuo accepit, ſi quolibet fortuito caſu, quod accepit, amiſerit, velut incendio, ruina, naufragio &c. nihilominus obligatum manere.*

A L I V D.

In decima nona propoſitione dicimus, periculum debitoris eſſe, ſi res poſt moram perierit. *Idem traditum eſt in l. ſi ex legati cauſa l. ſi Stichus 33 l. nemo rem ſuam 82. §. 1. de Verbor. obligation l. qui ex ſtipulatu, de Obligation. & action.* Et hoc eſt quod dicimus vulgò, moram promiſſoris, obligationem perpetuare.

At obſtat l. ſi plures 14. §. vltim depoſit. Ibi depoſui apud te Stichum, Stichum poſtea à te repeto. Tu interpellatus hominem, Stichum non reſtituis, moritur poſtea Stichus, tu nihilominus liberatus es. Ergò re etiam poſt moram perempta, debitor liberatur. R. Poſt moram re perempta debitor non liberatur, niſi res fuiſſet æquè peritura apud creditorem. etſi debitor confeſtim vbi interpellatus eſt, rem dediſſet. Hoc caſu liberatur debitor, eaque fuit

Digitized by Google

fuit ſententia Martini, & ſic l. ſi plures, accipienda eſt, de re quæ æquè fuiſſet peritura. *Et hanc diſtinctionem, an res æquè fuiſſet peritura apud creditorem, an non, confirmat l. cum res, §. vltim. de legat. 1. Ibi fundus chaſmate perijt & æſtimatio non debetur. Sed inquit ICtus hoc ita verum eſt, ſi non poſt moram factam id euenerit, potuit enim fundum acceptum legatarius vendere, quæ verba ſunt notanda.*

ALIVD.

Non obſtat l. item ſi cum exceptione 14. §. quatenus, quod metus cauſa. Vbi homine mortuo poſt moram debitor indiſtinctè tenetur, ſiue æquè res fuerit apud actorem peritura ſiue non. Nam hoc fit odio eius qui malo more metum intulit. Sic eius odio hoc receptum eſt, quod moram facit re ipſa ſine interpellatione *l. vltim. C. de condict. ob turpem cauſam. l. penult. de vi & vi armat.* Ad eundem modum reſpondendum eſt ad l. 1. § rectiſsimè, de vi & vi armat: vbi non diſtinguitur an pecora poſt deiectionem mortua, peritura fuiſſent apud eum qui eſt deiectus an non, propterea quod deijciens iſto fauore non eſt dignus. Eodem modo reſpondendum ad l. penultim de vi & vi armat vbi ſimiliter non diſtinguimus an ſerui æque fuiſſent perituri apud me atque apud te perierunt, propterea quod tu qui deieciſti ex illo tempore quo me deieciſti plus quàm fruſtator ſiue morator conſtitutus es. Sic fur re furtiua perempta tenetur abſque diſtinctione *l. in re furtiua de condiction. furtiua.* Nam fur prædoni ſimilis & ſemper moram facit *l. vltim. Eod. tit.*

ALIVD.

Non obſtat quod fur & moroſus æquiparantur *l. inter ſtipulantem. §. penult. de Verbor. obligat.* Hoc enim interdum procedit, non ſemper.

ALIVD.

Rurſus non obſtat l. ſi filiofamilias 25. §. ſi poſt diuortium, ſolut. matrimon. Vbi maritus qui poſt diuortium moram fecit in reddenda dote, omnimodò detrimentum præſtat, ſi res dotales deteriores ſint factæ. Nam id ſpeciale eſt fauore dotis.

ALIVD.

Non obſtat l. ſcire. § final. de Verbor. obligat. Vide Cuiac. in l. itẽ ſi cũ exceptione, quod metus cauſ. Ibi homine mortuo furtiuo,

Digitized by Google

ante moram debitor ſiue fur liberatur. Sed hoc ideò quia ſtipulatus eram hoc modo, quod te mihi ex cauſa furtiua dare oportet, dabis. Hic homine mortuo antequam mora ſtipulationi fieret, fur liberatur.

Propoſitio. XX.

Quod ſi debitor ſpontè & vltrò mutuum non ſoluerit, CERTI CONDICTIONE, conuenietur.

XXI.

Certi condictio non ſolùm ex mutuo competit, ſed ex omni cauſa, ex omni obligatione, ex quâ certum petitur, ſiue ex contractu certo petatur, ſiue ex incerto, licet enim nobis ex omni contractu certum condicere, dummodò præſens ſit obligatio. Cæterum ſi in diem ſit vel ſub condictione obligatio, ante diem vel conditionem non potero agere.

XXII.

Competit hæc actio etiam ex legati cauſa, & ex lege Aquilia. Sed & ex cauſa furtiua, per hanc actionem condicitur. Sed etſi ex Senatuſconſulto agatur competit hæc actio: veluti ſi is cui fiduciaria hereditas reſtituta eſt, agere volet.

XXIII.

Siue autem ſuo nomine quis obligatus ſit, ſiue alieno, per hanc actionem rectè conuenitur.

EXPLICATIO.

Certus contractus eſt in quem res natura & pronunciatione certa deducitur, vt fundus Tuſculanus, aurei decem. *l. ſtipulationum quædam cum l. ſeq. de verbor. obligat.* Contractus incertus, ex quo certum petitur, eſt is in quem ab initio deducitur res incerta, ſed quæ tempore, priuſquam peti poſsit, certa fit, vt ſi poſtea petatur,

tatur, non poſsit peti niſi certa. Verbi gratia, ſtipulatus ſum fructus qui hoc anno naſcentur in fundo. Hic contractus eſt incertus, ex quo ab initio non niſi actio incerti competit. Verum vbi fructus iam nati ſunt, ſtipulatio incipit eſſe certa, quæ prius erat incerta, ſicuti res certæ ſunt, quæ antea erant incertæ. Et quamuis ſtipulatio certa ſit: tamen nihilominus contractus dicitur incertus, ex quo certum petitur, habito reſpectu ad id quod fuit contractus ab initio. Ab initio fuit incertus, tempore quo petitur eſt certus, & non initium ſpectamus, ſed tempus petitionis, *quod Iuriſconſultus ſignificat in l. certi condictio, de reb. credit. Hæc fuit ſententia Iacobi Aretini, quam Bartolus in l. certi condictio, de reb. credit. probauit: Baro in tit. de verbor. obligat. in Inſtit. Duar. in l. vbi autem, de verbor. obligation. & nouiſſimè ſequitur Donellus in l. certi condictio, de reb. credit.* Sed hæc ſententia mihi non placet. Propterea quod ſtipulatio quæ fuit ab initio incerta, vt ſtipulatio fructuum, ex poſtfacto, natis nimirum fructibus, certa non fit, quia ad ſtipulationem, neceſſaria eſt interrogatio, itemque reſponſio. At ex poſtfacto, nulla interpoſita eſt interrogatio, reſponſio nulla, Igitur nec ſtipulatio aliqua hic fingi poteſt, quæ nulla interceſsit. In contractibus initium ſpectamus non quod poſtea ſuperuenit. Sed cum fructus qui in fundo naſcentur ſtipulor, ſtipulatio ab initio eſt incerta. Ergò &c. Hoc amplius ſi dicamus fructibus natis, ex contractu incerto, fieri certum, res ipſa, contractum conſtituet. At hoc eſt contra definitionem contractus. Contractus enim eſt conuentio ex qua oritur &c. Per contractum igitur incertum, non intelligimus contractum qui ab initio fuit incertus, ſed poſtea certus factus eſt, vt quia fructus ſunt nati, ſed incertus contractus eſt, contractus quem vulgò innominatum vocant, qui certum nomen non habet. *Atq; ita Accurſius tradidit, in d. l. certi condictio, de rebus credit. & ante Accurſium idem ſenſit Petrus vt Bartolus in d. l. refert, in eadem etiam ſententia eſt Cuiacius.* Non obſtat quod ex contractibus innominatis datur actio præſcriptis verbis, in id quod intereſt quod eſt incertum. Nam ex contractibus innominatis non tantum actio præſcriptis verbis datur, ſed etiam condictio *l. 5. de præſcript. verbis.*

 Propoſi-

XXIV. Propoſitio.

Non ſolum vt ſortem reſtituat, ſed etiam id, quod ſorti accedit, hoc eſt vſuram.

XXV.

Et ideô ſi ſcripſi me accepiſſe à Mæuio quindecim numerata mihi de domo, & promiſi me ea ſoluturũ Calendis futuris, & ſi non ſoluerem, ſequentis temporis vſuram centeſimam, poſteaq; inter nos conuenit, vti ex tota ſumma menſtruos refunderem denarios trecenos, nulla vſurarũ menti ɔne factâ, trecenis denarijs aliquo menſe non ſolutis, non totius ſortis ſed trecenorum duntaxat denariorũ vſuræ debentur. Pacta enim in continenti facta inſunt ſtipulationi, & ideò perinde eſt, ac ſi Mæuius per ſingulos menſes certam pecuniam ſtipulatus, quoad tardius ſoluta eſſet, vſuras adieciſſet. Igitur finito primo menſe, primæ penſionis vſuræ currunt, & ſimiliter poſt ſecundum & tertium tractum vſuræ non ſolutæ penſionis creſcunt, nec antè ſortis non ſolutæ vſuræ peti poſſunt, quàm ipſa ſors peti potuerit. Sanè ſi nominatim creditor ſtipulatus fuerit, vt ob ſortem ſua die non ſolutam, vſuræ præſtarentur & die interpoſitæ ſtipulationis, conuentio valet & firma erit.

XXVI.

Nam & fundo in ſtipulationem deducto, ita vt ſi ad diem certum non darentur eius fundi fructus, darentur retrò ex die ſtipulationis, vtilis erit ſtipulatio, atque ita Paulus à fructibus ad vſuras argumentatur.

XXVII.

Vino mutuo dato, ſiquidem dictum fuerit, quo tempore redderetur, æſtimabitur vinum, quanti tunc fuit, ſi non quanti tunc, cum petitum eſſet.

ARGV-

Digitized by Google

ARGVMENTVM. I.

Dicimus per condictionem, non ſolum ſortem repeti, ſed vſuras quoque. Obſtat l. 1. C. de condict. indeb. vbi dicitur ea tantum quæ indebiti ſoluta ſunt, repeti per condictionem, non etiam vſuram. R. Ibi de pecunia indebitè ſoluta agitur, quæ repetitur per condictionem indebiti. Non petitur ibi condictione etiam vſura, quia vſura non debetur niſi fuerit promiſſa, vel nudo pacto, in contractibus bonæ fidei, vel per ſtipulationem in contractibus ſtrictis. Ibi autem promiſſa vſura non fuit.

ALIVD.

Pecunia numerata tantum condicitur, aliæ autem res petuntur per triticariam actionem *l. 1. de condiction. triticar.* Ergò nos malè dicimus ſortem repeti per condictionem certi, hoc eſt, res conſtantes pondere & menſura quoque. R. In l. 1. de condict. triticar. Iuriſconſultus confert inter ſe condictionem certi, & triticariam. Vtraque eſt generalis, & in hoc conueniunt. Cæterum per condictionem triticariam, pecunia numerata non petitur. Condictione certi petitur. At non dicitur in d. l. 1. ſolam pecuniam numeratam peti condictione certi. Quod dicitur, peti pecuniam numeratam certi condictione, hoc tantum dicitur comparatione condictionis triticariæ qua non petitur pecunia numerata, ſed inde inferendum non eſt, tantum pecuniam numeratam peti condictione certi.

ALIVD.

Pactum ſuper vna re factum, ad aliam rem non porrigitur *l. ſi vnus. §. ante omnia, de pact.* Sed pactum ſuper ſorte tantum factum eſt, non ſuper vſuris. Ergo ad vſuras non pertinet, & per conſequens debentur vſuræ totius ſortis. R. Pactum ſuper vna re factum, principali ſcilicet non porrigitur ad aliam rem æquè principalem, ſed ad rem acceſſoriam vt ad ſtipulationem vſurarum, quæ dependet ex ſtipulatione ſortis, porrigi poteſt.

ALIVD.

Reſtitutio facta ſuper ſorte, non porrigitur ad vſuras *l. vltim. de condict. indebit.* Igitur pactum ſuper ſorte factum, ad vſuras quoq; non pertinet. R. Nego conſequentiam & ratio eſt, quia hæc valdè ſunt diſſimilia. Pactum ſuper ſorte factum: extenditur ad vſuras,

Digitized by Google

vſuras, quia pactum ineſt ſtipulationi ſortis. Ea eſt natura pactorum quæ in continenti contractibus adijciuntur, vt inſint contractibus, ideoque reformant contractum principalem eiuſque acceſſoria. Reſtitutio verò non ineſt contractibus, ſed datur à prætore & ideò vltra id, ad quod facta eſt reſtitutio, ad aliud non porrigitur.

ALIVD.

Vnumquodque eodem genere vinculorum debet diſſolui quo colligatum eſt, *l.nihil tam naturale, de R.I.* Sed vſuræ ſunt colligatæ, vt ita loquar, & promiſſæ per ſtipulationem. Ergo per ſtipulationem tantum diuiduntur & differuntur non per pactum. R. Vſuræ non diuiduntur & differuntur per pactum ex interuallo adiectum. Cæterum ſi pactum adijciatur ex continenti, tunc diuiduntur & differuntur, & pactum cenſetur pars ſtipulationis.

ALIVD.

Actus agentium non debent operari vltra eorum intentionem *l.non omnis, de reb.credit. l.obligationum ſubſtantia, de O. & A.* Sed ea eſt intentio agentium, vt ſortis diuiſio fiat non vſurarum, ſiquidem de ſorte tantum dictum eſt, non de vſuris. Igitur debentur vſuræ totius ſortis, non trecenorum denariorum. R. Nego minorem. Nec enim ea eſt intentio agentium, vt ſortis duntaxat diuiſio fiat. Quinimò id agunt contrahentes vt diuiſio fiat ſortis & vſurarum. Et quamuis de vſuris nihil expreſsè eſt dictum à contrahentibus: tamen tacitè id egerunt contrahentes, vt vſuræ quoq; differrentur & diuiderentur, quia vſurarum ſtipulatio dependet ex ſtipulatione ſortis.

ALIVD.

Si debitor ſub iuramento promittat ſe ſoluturum ad certum diem, & dies proferatur, iuramenti nullâ factâ mentione, iuramentum non cenſetur repetitum, nec debitor fit periurus ſi non ſoluerit. Iuramentum enim habet tacitam clauſulam, & intelligitur rebus manentibus & durantibus in eodem ſtatu in quo erant tempore iuramenti. Ergo & ſi ſortis ſolutio proferatur, vſurarum non habita ratione, vſuræ non cenſentur repetitæ, & ſic per conſequens, non debentur, aut ſi debentur, integræ ſortis vſuræ de-

Digitized by Google

ræ debentur. R. Hæc ſunt valdè diſsimilia, & propterea ab vno ad aliud, non rectè argumentamur. Iuramentum reſpicit animæ ſalutem, vſuræ reſpiciunt rem pecuniariam. Præterea pactum in continenti adiectum, ineſt ſtipulationi. Prolatio diei præcedenti promiſsioni non ineſt.

ALIVD.

Pœna ſemel tantum infligitur propter moram, vſura ſæpius *l. cum ſtipulante l. ſi inſulam de Verbor. obligation.* In l. lecta pœna fuit promiſſa. Igitur ſemel pœna exſoluta, nihil vlterius debetur quamuis mora tertio & quarto menſe fuerit facta. R. Duplex eſt vſura. Alia propter queſtum infligitur quæ fœnus appellatur, & cedit ſtatim ex die interpoſitæ ſtipulationis. Alia propter moram, quæ pœna dicitur, & cedit ex tempore tardæ ſolutionis *l. lecta h. t.* Rurſus pœna eſt quæ ſemel tantum infertur ob moram. Hæc non eſt vſura, Alia ſæpius, illa eſt vſura.

ALIVD.

Pacta in continenti facta, inſunt bonæ fidei iudicijs, *tot. tit. de pact.* Ergò non ſtipulationi quæ eſt ſtricti iuris. R. Pacta in continenti adiecta inſunt bonæ fidei iudicijs, ex parte rei & actoris. At ſtipulationi inſunt ex parte rei tantum, *vt in l. lecta, de rebus credit.*

ALIVD.

Quando pactum iuuat ſolum reum, tunc per ſe extra contractum ſumitur & conſideratur. Vt ſi debeas mihi centum, & paciſcar non petere. Hic pactum iuuat reum, & extra vllum contractum conſideratur. Sed in l. lecta, pactum extra contractum non ſumitur. Dicitur enim in continenti factum. Igitur reo non prodeſt. R. Cum pactum iuuat ſolum reum, per exceptionem ſcilicet, tunc per ſe extra contractum ſumitur & conſideratur. At hic pactum iuuat reum, non per exceptionem. Id enim diſertè à Paulo hic negatur, ſed iuuat ipſo iure reum ſua natura. Et hoc pactum neceſſè eſt ex continenti apponi contractui.

ALIVD.

Pacto conuento, non tollitur ipſo iure ſtipulatio, ſed ſolum infirmatur per exceptionem *l. ſi vnus. §. pactus, de pactis.* Igitur nec

Digitized by Google

hic ſtipulatio tollitur. R. Ibi de pacto ex interuallio adiecto agitur, hic de pacto quod adijcitur ex continenti. Deinde non tollitur hic ſtipulatio, ſed immutatur tantum pacto.

A L I V D.

Nemini officium ſuum, debet eſſe damnoſum, *l. ſi ſeruus. §. quod verò, de furt.* Sed hic creditori officium ſuum videtur eſſe damnoſum. Ergo &c. R. Ad maiorem. Nemini inuito ſcilicet At hic volenti &c.

A L I V D.

Obſtare putant huic ſententiæ, Pacta in continenti facta inſunt ſtipulationi, l. ſi ita quis promiſerit 135. §. Seia, de verbor. obligat. R. Ibi Seia hortos emit mandato Lucij Titij & Titio ſtipulanti promiſit, ſe hortos ei traditurum cum precium ſoluiſſet cum vſuris. Et in continenti inter vtrumque conuenit, vt Titius precium cum vſuris ſolueret intra Calendas Aprilis, & hortos acciperet. Iuriſconſultus ait, Titium ex ſtipulatu agere poſſe, ſi non multò poſt Calendas Aprilis vniuerſam pecuniam ſoluat nec Seiæ vlla captio ſit in mora. Inde non rectè colligitur, pactum in continenti ſtipulationi adiectum valere ad actionem ex ſtipulatu Titio dandam, quia actio ibi Titio non ex pacto competit, ſed ex priori ſtipulatione. Nec ibi traditur Seiæ vllam actionem competere ex pacto, qua precium cum vſuris petat.

A L I V D.

In l. nec ex prætorio, de R. I. dicitur, Obligationum cauſas pactionibus immutari. Ergò pacta inſunt etiam ex parte actoris in ſtrictis iudicijs. R. Hoc dictum commodè eſt accipiendum vt obligationum cauſæ pactionibus immutentur in iudicijs bonæfidei, ex parte actoris & Rei, in iudicijs ſtrictis, ex parte rei tantum.

A L I V D.

Obijciunt etiam l. petens. C. de pact. ex qua probari poſſe putant, quod pactum in continenti ſubiectum ſtipulationi, inſit ex parte actoris. Sed ibi agitur de pacto ſtipulatione confirmato, & datur actio ex ſtipulatione, non ex pacto præcedenti vel ſubſecu-

Digitized by Google

ſecuto. Et cum ſtipulatio interponitur pacti confirmandi ſiue ſeruandi gratia, nihil intereſt vtrum interponatur ſtipulatio, ante pactum an poſt pactum. Nam & cum tempore antecedit ſtipulatio, ſequi tamen natura & intellectu intelligitur. Sic in iudicij, bonæ fidei nihil intereſt, antecedat pactum, an in continenti ſequatur *l. 3. C. de ædilit. action.* Nam ſemper ex pacto in continenti adiecto bonæ fidei iudicio, datur actio.

Contra viceſimam ſextam & viceſimam ſeptimam propoſitionem obijci poteſt l. cum quidam, de vſur. Finge, accepi à te mutuo centum, & tibi ſtipulanti promiſi in ſingulos annos quincunces vſuras. Hoc ampliùs promiſi, ſi quo anno quincunces vſuras non ſoluiſſem, tunc totius pecuniæ ex die quo mutuatus ſum pecuniam, ſoluturum vſuras ſemiſſes. Redditis per aliquot annos vſuris; mox ſtipulatio eſt commiſſa. Quæritur an ex die quo mutuatus ſum pecuniam, debeam præſtare vſuras ſemiſſes. Iuriſconſultus docet, ex die ceſſationis duntaxat creſcere vſuram id eſt, me præſtare debere ſemiſſes vſuras, non ex die quo mutuatus ſum pecuniam, ſed ex die ceſſationis. Igitur videtur dicendum quod conuentio non valeat, vt pecunia non ſoluta, etiam medij temporis vſuræ præſtantur. R. l. cum quidam, loquitur de vſuris non ſolutis. Nos hic loquimur de non ſoluta ſorte. Ob ſortem non ſolutam, ex die contractus grauiores vſuræ infligi poſſunt. Ob vſuras non ſolutas, vſuræ grauiores non poſſunt infligi ex die contractus ſed ex die ceſſationis *d. l. cum quidam de vſuris.*

ALIVD.

Dicimus pacta in continenti adiecta non ineſſe ſtrictis iudicijs ex parte actoris, ſed ex parte rei tantum. At videtur rurſus obſtare l. Titius, de præſcript. verb. Ibi Titius Sempronio dedit 30. hoc eſt, vt Cuiac. interpretatur 30. milia, & pacti ſunt inter ſe Titius & Sempronius, vt Sempronius eam pecuniam fœnore occuparet quanto maximo poſſet, & ex vſuris ſolueret tributum, quod Titius fiſco deberet, ad finem vſuræ ſemiſsis ſi tantum tributi nomine fiſco deberetur, quantum vſuræ ſemiſſes faciunt. Et ſi minus eſſet in tributo quàm in vſura ſemiſſe, vt id quod ſupereſſet ex vſuris præſtaret Sempronius Titio.

Digitized by Google

Titius autem minus debuit tributi nomine quàm vſuræ ſemiſſe faciunt. Conſuluit igitur Titius qua actione id quod ſupereſſet ex vſuris ſemiſsibus à Sempronio conſequi poſſet. Africanus reſpondet. Pecuniæ creditæ vſuras, niſi in ſtipulationem deductas, non deberi. In propoſito autem, pecuniam non eſſe fœneratam, ſiue mutuo datam à Titio, Sempronio, ſed mandatum eſſe contractum inter Titium & Sempronium. Mandatum eſt bonæfidei contractus, & in contractibus bonæfidei debentur vſuræ ex pacto, in continenti appoſito. Vnum tantum obſtat quo minus dicamus eſſe mandatum contractum, quod conuenit inter Titium & Sempronium, vt ſi grauioribus vſuris quàm ſemiſsibus, pecuniam exerceret, id quod ſemiſſes vſuras, excederet, lucraretur Sempronius. Hoc abhorret à natura mandati, quod gratuitum eſt. Dabitur itaque Titio aduerſus Sempronium actio præſcriptis verbis & hoc tutius eſt. Actio autem præſcriptis verbis, eſt ſtricta actio, duobus tantum caſibus exceptis, quando ex permutatione competit, aut de æſtimato proponitur. Igitur pacta, ſtrictis negocijs adiecta, non tantum inſunt ex parte rei, verum etiam ex parte actoris. R. In l. Titius de præſcriptis verb. ideò ex pacto, ſtricto negocio adiecto, datur actio, quia negocium illud ſimillimum eſt negocio bonæfidei. Et ſic in nonnullis alijs caſibus euenit, vt vſuræ veniant ex pacto licet contractus ſit ſtricti iuris, vt in nautica pecunia, vſuræ debentur ex pacto, argentarijs item & ciuitatibus ex pacto debentur vſuræ, vino, quoque oleo & frumento credito vſuræ ex pacto veniunt.

XXVIII. Propoſitio.

Etſi conuenit vt certo loco redderetur vinum, ſequemur precium loci, quanti eo loco eſſet. Si nihil de eo dictum fuit, quanti vbi eſſet petitum.

XXIX.

Et quod de vino dicimus, idem de oleo, frumento, hordeo, tritico & ſimilibus rebus, quarum varia ſunt precia per ſingulas ciuitates, regioneſque ſentiendum eſt.

ARGV-

Digitized by Google

ARGVMENTVM I.

Cum quis vinum ſtipulatus eſt, vel oleum & quæritur cuius temporis æſtimatio debeat fieri, tunc videndum eſt, vtrum cum adiectione diei quis vinum ſit ſtipulatus, hoc eſt, certo tempore ſtatuto quo vinum dari deberet. Et tunc debetur æſtimatio eius diei, eius temporis, quo vinum dari debuit. Die enim appoſito, id videtur agi inter contrahentes, vt is ſolus dies ſpectetur. Idem eſt cum quis vinum ſub conditione ſtipulatus eſt. Sumitur enim eius temporis æſtimatio, quo conditio extitit. Idem eſt ſi conuenit vt certo loco vinum daretur. Nam eius loci æſtimatio ſpectabitur, hoc eſt, ſpectabitur quanti vinum ſit in eius loci foro quo dari debuit. Nec hic eſt differentia inter iudicia ſtricta & bonæ fidei *l. vinum, de rebus credit. l. vltim. de condiction. triticar. l. qui autem, ſi quis cautionibus in iudic. l. ſi Calendis. de re iudicat. l. 3. in fin. de action empt. l. hominem, mandat. l. quoties 59. de Verbor. obligationibus.* Verum videtur obſtare l. cum quis in diem 22. de O. & A. Ibi qui in diem mercem ſtipulatus erat fideiuſſorem accepit. Et Iuriſconſultus dicit non ſpectari debere æſtimationem eius temporis quo dari debuit, ſed eius temporis quo ſatis acceperit. R. Ibi fideiuſſor fuit acceptus illo ipſo die quo merx dari debuit. Et ſic ſæpè fit, vt debitores qui ad diem non habent quod ſoluant, creditori ſatisfaciant dato fideiuſſore. Et idem eſt dies ſolutionis & dies fideiuſsionis, quia fideiuſſor eodem die interuenit.

At quid fiet, ſi dies & locus obligationi non fuerit additus. Hoc caſu d. l. vinum, de rebus credit. & d. l. vlt. de condiction. triticar. docent ſpectari debere tempus quo vinum petitum eſſet, *d. l. vinum*, quo iudicium acciperetur, *d. l. vltim. de condict. triticaria*, hoc eſt, tempus quo agitur, & lis conteſtatur. Sed obſtat l. penultim. de condict. triticar. quæ dicit, condemnationis tempus ſpectandum eſſe, hoc eſt rei iudicatæ. R. Cum vinum purè debetur, & vinum petitur, tunc litis conteſtatæ tempus ſpectamus, ſi debitor ante litem conteſtatam moram non fecit *d. l. vinum.* At ſi ante litem conteſtatam debitor moram fecit, tunc tria tempora inſpicimus. Et vel ad tempus moræ æſtimationem referimus, ſi poſt moram res depretiata fuerit. Vel ad tempus rei iudicatæ, ſi poſt moram, res fuerit pretioſior facta, vel ad tem-

Digitized by Google

pus mortis, ſi poſt moram interierit ante rem iudicatam. Et hoc modo accipienda eſt d. l. penultim. de condiction. triticar. & ibi ſpecies quæ ponitur in fine, ad totam legem pertinet. Idem confirmat l. in re furtiua. §. 1. de condict. furtiua. Ibi Iuriſconſultus inquit ſi ex cauſa furtiua, res condicatur, eius temporis æſtimationem fieri debere quo res vnquam plurimi fuit, ſemper enim moram fur facere videtur. Idem confirmat l. ex argento, de condiction. furtiu. Ibi ex argento ſurrepto fur pocula fieri fecit, & pocula condici poſſunt, & Iuriſconſultus inquit in condictione poculorum etiam cælaturæ æſtimationem fieri, quæ impenſa furis, facta eſt. Spectatur igitur tempus quo res vnquam plurimi fuit. Idem confirmat l. penultim. de action. rerum amotar. Ibi Iuriſconſultus inquit, æſtimationem rerum amotarum ad tempus quo amotæ ſunt referri debere. Et ſi plures ſint factæ res, creſcere æſtimationem vt in condictione rei furtiuæ. Itaque hic quoque tempus ſpectatur, quo res vnquam plurimi fuit.

A L I V D.

Nec hic rurſus obſtat l. 2 §. quæſitum, de priuat. delict. Ibi dicitur condictionem ex cauſa furtiua non egredi iudicij accipiendi tempus id eſt, in condictione furtiua ſpectatur tempus litis conteſtatæ Nam dicendum eſt, hoc ita procedere, ſi poſt furtum rei furtiuæ æſtimatio mutata non fuerit.

A L I V D.

Rurſus obijcitur l. 3. §. in hac, commodat. Ibi dicitur, in actione commodati, & in cæteris bonæfidei iudicijs, rei iudicatæ tempus, quanti res ſit, ſpectari. In ſtrictis, litis conteſtatæ. R. Ibi diſcrimen Iuriſconſultus facit inter iudicia ſtricta & bonæfidei. In bonæfidei iudicijs ſpectatur tempus rei iudicatæ. Secus eſt in ſtrictis.

A L I V D.

Non obſtat l. hominem, mandat. quæ inter iudicia ſtricta & bonæfidei etiam diſtinguit. Ibi fideiuſſi pro te hominem certum dari & ſolui, poſtea mandati ago. Aeſtimatio inquit ICtus ad id tempus quo ſolutus ſit referri debet, non quo agitur. Et ſubijcit poſtea ICtus, aliter in ſtipulatione ſeruari. Nam tunc inquit id tempus ſpectatur quo agitur. Niſi forte per promiſſorem ſteterit, quo

Digitized by Google

quo minus ſua die ſolueret, aut per creditorem quo minus acciperet. Etenim neutri eorum fruſtratio ſua prodeſſe debet. Hæc ſummè notanda ſunt. Hic igitur tempus ſolutionis inſpicimus non iudicati. Sed reſpondendum eſt, hanc regulam in bonæfidei iudicijs ſpectamus tempus rei iudicatæ, perpetuam non eſſe. Excipitur enim fideiuſſor qui pro reo hominem ſoluit, & mandati agit. Hic conſequitur quando fuit homo cum ſolutus eſt, & ideò ſi depretiatus fuerit, non ideò minus conſequetur. Rurſus alia exceptio addenda eſt, niſi moram fecerit venditor vini, in tradendo vino. Tunc ſi vinum pluris fuerit tempore contractus quo moram fecit, quàm rei iudicatæ, reducitur æſtimatio ad tempus contractus ſiue moræ, ſi minoris, rei iudicatæ tempus intuemur *l. 3. §. vltim. de action. empt.* Ibi ICtus inquit, ſi per venditorem vini, mora fuit quo minus traderet, condemnari eum oportet, vtro tẽpore pluris vinũ fuit, vel quo venit vel quo lis in condemnationẽ deducitur. Idẽ *oſtendit l. ſi ſterilis. §. cũ per venditorem, de action. empt.*

Addenda eſt alia exceptio, niſi emptor moram fecerit in accipiendo vino *d. l. 3. §. final. de action. empti.*

Obſtat l. fundum Cornelianum, de nouation. Ibi qui fundum Cornelianum ſtipulatus eſt, conſequitur æſtimationem quæ fuit ſtipulationis tempore. Sed hoc ideo, quia fundum ſtipulatus fuit hoc modo, quanti fundus eſt. Hæc verba referuntur ad tempus ſtipulationis, non ad futurum tempus quanti erit. At aliàs homine promiſſo vel fundo, ſi agatur ex ſtipulatione, tanti æſtimabitur fundus vel homo, quanti litis conteſtatæ tempore eſt *d. l. fundum Cornelianum, de nouation.* Quod tamen ita procedit, niſi poſt moram promiſſoris deterior ſit factus *l. penult. de condict. triticar.* Et hoc nominatim additum eſt in d. l. fundum Cornelianum, de nouation. quod ſummè notandum eſt. Inquit Iuriſconſultus fundo meliore vel deteriore facto ſine culpa debitoris, præſens æſtimatio, fundo petito rectè conſideratur. His verbis hoc dicit Iuriſconſultus, deberi æſtimationem fundi, quæ eſt eo tempore, quo fundus petitur, hoc eſt, quæ eſt litis conteſtatæ tempore, ſed ita debetur ea æſtimatio ſi abſit culpa promiſſoris id eſt mora promiſſoris. Mora enim culpa eſt, *quemadmodum textus eſt expreſſus in l. ſi ſeruum 91. § ſequitur, de verbor. obligation.*

ALI-

Digitized by Google

ris, quanti ſcilicet homo fuit ſententiæ ſiue rei iudicatæ tempore, quod tamen nonnulli faciunt.

Propoſita fuit hæc diſputatio a. d. 6. Id. April. anno 89.

DISPVTATIO DE IVREIVRANDO,

Ad cuius propoſitiones reſpondebit,

HENRICVS BOCERVS Salcatenus.

Propoſita eſt hæc diſputatio 22. Decembris Anno 82.

I. Propoſitio.

VAria ſunt iuramentorum genera: Sed in ff. ſub titulo de iureiurando, & in C. ſub titulo de rebus credit. de iuramento, quod litium expediendarum maximum eſt remedium, duntaxat agitur.

II.

Idque rectè definit Clemens Alexandrinus in 7. Stromat. ad hunc modum: Iuramentum eſt certa litis definitio, quæ fit cum obteſtatione diuinâ.

III.

Species iuramenti tres ſunt. Aut enim iuramentum voluntarium eſt, aut neceſſarium, aut iudiciale.

IV.

Voluntarium eſt, quod pars defert parti extra iudiciũ. Iudiciale quod pars defert parti in iudicio, iudice iura-

Digitized by Google

mentum approbante. Neceſſarium, quod à iudice defertur in cauſis dubijs.

ARGVMENTVM. I.

Iuriſiurandi definitio impugnari poteſt huiuſmodi argumento. Lis dicitur, cum eſt in iudicium ventum, extra iudicium non eſt lis, ſed controuerſia. *l. liberto. §. litem, de negot. geſt. l. 3. §. ſi per venditorem, de action. empt. ſicuti in tit. de tranſact. c. 3. latinè expoſui.* At ſub hoc titulo de iureiurando, non agitur duntaxat de iureiurando, quod in iudicio defertur, verumetiam de iureiurando, quod defertur extra iudicium. Intelligitur id ex l. iuſiurandum, quod ex conuentione h. t. n. in qua Iuriſconſultus docet, quod iuſiurandum quod ex conuentione extra iudicium defertur, referri non poſsit. Intelligitur id quoque ex l. in duobus. §. final. hoc tit. Ibi Iuriſconſultus docet, ſi reus extra iudicium actore inferente iurauerit, ſe dare non oportere, & actor reo deferente iurauerit dari ſibi oportere, poſteriorem cauſam iuriſiurandi potiorem haberi. Inde igitur videtur dicendum, malè ſupra traditum eſſe, hunc titulum tantum eſſe de iureiurando, quod lites finit, malè item iuſiurandum eſſe definitum, quod certa ſit litis definitio. R. Litis nomen accipitur & generaliter & ſpecialiter. Generaliter lis dicitur res de qua eſt controuerſia in iudicio, vel etiam extra iudicium. *Varro lib. 4. de lingu. latin.* Specialiter verò lis nominatur res, de qua in iudicio controuertitur. Et nos litis nomen generaliter accipimus pro re, de qua in iudicio vel extra iudicium contenditur.

ALIVD.

Rurſus ita inſtatur: iuſiurandum non eſt litis deciſio, ſed potius obteſtatio, per quam Deus in teſtem & iudicem vocatur, qua obteſtatione mediante, lis finitur. Igitur iuſiurandum non rectè definitur litis deciſio. R. Verum eſt, quod iuſiurandum eſt obteſtatio diuina, qua litis deciſio inducitur. Sed non propterea minus rectè iuſiurandum definitur certa litis definitio, effectu poſito pro cauſa, quod Iuriſconſultis inuſitatum non eſt. Sic contractus definitur, obligatio, *in l. labeo de V. S.* cum tamen contractus non ſit obligatio, ſed potius *συνοδος καὶ συναίνεσις, vt Theophilus*

philus definit in Inſtit. de obligation. hoc eſt, conſenſus, & conuentio, ex quo conſenſu, quaúe conuentione, obligatio oritur. Ad eundem modum iuſiurandum dicitur eſſe certa litis definitio, cum tamen potius ſit obteſtatio diuina, ex qua litis deciſio deſcendit.

ALIVD.

Iterum dicet aliquis in definitione iuriſiurandi non rectè fieri obteſtationis diuinæ mentionem, cum hoc iure non tantum per Deum iuremus, ſed etiam per Principem aut genium Principis *l. ſi duo patroni. § fin h. t. n. l. 2. C. de rebus cred. & iureiurand. Et Vegetius lib. 2. cap. 5. oſtendit*, ſub Chriſtianis etiam Imperatoribus viitatum fuiſſe, vt milites iurarent per Deum, Chriſtum & Spiritum ſanctum, & per maieſtatem Imperatoris, omnia ſe facturos, quæ præciperet Imperator nunquam deſerturos militiam, nec mortem recuſaturos, pro Republica Romana. Sic iure ciuili rectè iuramus per ſalutem noſtram, vel caput noſtrum vel filiorum noſtrorum *l. 3. §. final. cum duab. ll. ſeqq. l. qui per ſalutem, h. t. n.* R. Quamuis Clemens Alexandrinus in ſua iuriſiurandi definitione obteſtationis diuinæ mentionem facit: non tamen propterea reijcit alios modos licitos iurandi. Licitus modus iurandi eſt, cum per Deum iuramus, vel per ſalutem Principis, vel per noſtram ſalutem. Et ſic patres ſanctos, legimus, non ſolum per Deum, ſed etiam alijs multis modis iuraſſe. Iacob iurat per timorem patris ſui Iſaac *Gen. 31.* Ioſeph per ſalutem Pharaonis, *Gen 42* Moyſes per cœlum & terram *Deuteronom. 4. 30. & 31.* Dauid per animam Ionatæ *1. Reg. c. 20.* Vrias per ſalutem Dauid & per ſalutem animæ ipſius *2. Reg. cap. 11.* Et mulier quædam per ſalutem animæ Dauid *2. Reg. cap. 14.* Ethai Gethæus per Dominum & Regem *2. Reg. cap. 15.* Eliſæus Propheta per Dominum & animam Eliæ, *4. Reg. cap. 2.* Sic principes iurant per fidem & dignitatem principalem, *c. ad aures, & ibi Panormitanus n. 4. & 5. quod metus cauſa. Bald. in c. literas in fin. de præſumpt. Cranet Conſ. 241. num. 11. Ioachimus à Beuſt. in l. 3. §. iurari. num. 14. de iureiur.* idque de conſuetudine in Germania ſeruatur. *Mynſing. obſeruat. 17. Cent. 1. ibi tradit, hac de re in Camera Imperiali grauiter aliquando diſputatum, & tandem concluſum fuiſſe, quod verba,* bey Fürſtlichen ehren vnd wirden/ habeantur pro iuramento.

Decian. reſponſ. 2. n. 113. in 1. volum. quamuis contrarium, maximè quod ad effectum iuramenti attinet, ſentit Couarru. in c. quamuis in 1. parte relect. §. 2. n. 2. de pact. in 6. Hos omnes & ſimiles modos iurandi, Clemens Alexandrinus non improbat, ſed potius ſubintelligi vult, cum obteſtationem diuinam nominat. Ac præcipuo modo iurandi qui fit per obteſtationem diuinam, expreſſo, reliqui modi ſubintelliguntur.

A L I V D.

Adhuc inſtatur, Clemens Alexandrinus, cum obteſtationis diuinæ, in ſua iuriſiurandi definitione meminit, verba ad iurandum videtur exigere: Sed verba in iuramentis neceſſaria non ſunt, quia & hi, qui loqui non poſſunt, iurare poſſunt. ***Alexand. in l. 1. de verbor. obligation. eaq; eſt communis. Dd. opinio, vt Iohan. Crotus teſtatur, in d. l. 1. de verbor. obligat. Alciatus in Parergis c. 2 & in rubric. de iureiurand. n. 21.*** Igitur fruſtra adhuc videtur mentio fieri obteſtationis diuinæ. R. Quando Clemens Alexandrinus dicit, iuramentum fieri cum obteſtatione diuina, nequaquam hoc vult dicere, quod iurantes ſemper verbis vti debeant, ſed hæc eſt eius ſententia: Qui iurat, iurat per DEVM, vel alio licito modo, ac parum refert, ſiue verbis id fiat, ſiue nutu & ſignis. Et ideò ſi deferam alicui iuramentum, vt iuret per Deum, ſe mihi centum non debere, iſque nutu & ſignis teſtetur ſe iurare, ac ego teſtatione illa per nutum ac ſignis facta, ſim contentus, iuramentum certam litis definitionem adfert, eaque litis definitio facta eſt cum obteſtatione diuina. Per obteſtationem ergo diuinam, vel expreſſam vel tacitam obteſtationem, Clemens Alexandrinus intelligit. Et ſufficit tacita obteſtatio diuina in his, qui loqui non poſſunt, *vt communis Dd. ſententia habet.* Vel etiam in his, qui loqui poſſunt, *vt Panormitano viſum eſt, in rubric. de iureiur. & voluit Cynus in Authent. ſacramenta puberum. C. ſi aduerſus vendition. & probauit Couarr. in c. quamuis. de pact. in 6. in relection. 1. part. §. 1. num. 4.* & huic ſententiæ ego quoque ſubſcribo, ſi modo is, qui iuſiurandum detulit ei, qui loqui poteſt, contentus ſit tacita obteſtatione diuina. Aliàs ſecus eſſe puto propterea quod Iuriſconſultus ſub h. t. n. de iureiur. voluit, ita iurari debere, vt delatum eſt iuſiurandum, aliàs ratum iuſiurandum non eſſe *l. 3. §. fin.*

Digitized by Google

fin. cum 2. & ſeqq. l. qui per ſalutem h. t. n. At conſtare non poteſt, vtrum quis eo modo iurauerit, quo ipſi delatum eſt iuſiurandum, niſi id verbis exprimatur. Quare dicendum eſt, verba ad iuramenti præſtationem omninò neceſſaria eſſe, ſi is qui iuſiurandum detulit ei, qui loqui poteſt, velit, vt conceptis verbis iuret. Nec aduerſatur quod iuſiurandum Deo præſtatur, qui *καρδιογνώστης* & ſolius mentis inſpector eſt *c. ſi quid inueniſti 14. quæſt. 5. c. erubeſcant 32. distinct.* Nam etſi non negamus iuramentum Deo præſtari, cui mentes & corda iurantium nota ſunt: tamen etiam ei qui detulit iuſiurandum ſatisfaciendum eſt. Ei verò non ſatisfit, cum iuſiurandum ita vt delatum eſt, non præſtatur, nec ſciri poteſt, ita iuratum eſſe, vt delatum eſt iuramentum, niſi ex verbis id intelligatur.

ALIVD.

Amplius definitioni noſtræ iuriſiurandi obſtare videtur l. admonendi h. t. n. Etenim ibi præſtito iuramento lis non finitur, ſed ex integro cauſa agitur, & vt Iuriſconſultus loquitur poſt iuſiurandum quoque exactum conſtitutionibus principum permittitur ex integro cauſam agere. Iuramentum igitur cum obteſtatione diuina factum, non eſt certa litis definitio. R. In l. admonendi h. t. n. præſtito iureiurando, lis fuit definita & deciſa. Hoc perſpicuè indicat d. l. admonendi, ſiquidem in ea lege dicitur, Imperatorum conſtitutiones, quæ poſt iuramentum exactum, permittunt ex integro cauſam agere, locum tunc habere, cum à iudice aliquis abſolutus fuerit. Notentur hæc verba: cum à iudice aliquis abſolutus fuerit. Ijs verbis Iuriſconſultus ſignificat, præſtito iureiurando, litem fuiſſe deciſam. Cum enim à iudice quis poſt iuramentum præſtitum abſoluitur, certè lis finitur. Verum quoniam iudex in cauſis dubijs, hoc eſt, cum adeſt inopia probationum, *vt Impp. loquuntur, in l. 3. C. de rebus cred. & iuretur. & nos infrà maximè c. 8. latius explicabimus*, iuramentum defert, & præſtito iuramento, jurantem abſoluit, & fieri facilè poteſt, vt in dubietate cauſarum, ei à iudice deferatur iuſiurandum qui verè debet. Idcircò Imperatoribus placuit, ex integro cauſam agi debere, ſi quis dicat, noua ſe inueniſſe inſtrumenta, quibus nunc ſolis vſurus ſit, *d. l. admonendi h. t. n.* Et quemadmodum ad l. admonen-

 di re-

Digitized by Google

di reſpondimus in ea lege, iureiurando, quod ſententia iudicis ſecuta eſt, litem fuiſſe definitam & deciſam. Ita reſpondendum quoque eſt ad l final. C. de reb. credit. & iureiur. Nam & ibi lis fuit finita & deciſa iureiur. legatarij vel fideicommiſſarij, iurantis ſibi in teſtamento, quod non apparet, legatum vel fideicommiſſum fuiſſe relictum. Intelligitur id ex eo, quod in d. l. final dicitur, legatarium vel fideicommiſſarium poſt præſtitum iuramentum, id quod petebat, conſecutum eſſe. Si legatarius vel fideicommiſſarius, præſtito iuramento quod petijt, conſecutus eſt, iam nemo dubitare poterit, litem fuiſſe deciſam. Cæterum ſi prolato teſtamento appareat, legatario vel fideicommiſſario legatum aut fideicommiſſum non fuiſſe debitum, poterit heres legatum aut fideicommiſſum repetere, ex noua Imperatoris Iuſtiniani conſtitutione *d. l. final. C. de rebus cred. & iureiur.* Ex ratione eius legis definitio noſtra iuriſiurandi rurſus impugnari poteſt hoc modo. Nemini ex periurio ſuo lucrum accedere debet: *Ita Iuſtinianus loquitur, in d. l. final. C. de rebus credit. & iureiurand.* Sed multis ex periurio ſuo lucrum accedet, ſi iuſiurandum ſtatuamus, eſſe certam litis definitionem. Inde igitur videtur dicendum, iuſiurandum certam litis definitionem non adferre, ſed poſt iuſiurandum præſtitum nihilominus ſupereſſe actionem, per quam ei, qui iurauit, quique peierauit, impium lucrum, *vt Iuſtinianus ait,* auferatur. R. Vtitur quidem Iuſtinianus in d. l. final ſuperiori ratione, quæ ſanè latiſsimè patet. Ac eam ſi ſequamur, nullam iuſiurandum litem definiet. Etſi enim reus actore iuſiurandum deferente iurauerit: tamen actor nihilominus reum iterum moleſtabit & conueniet, ex hoc fundamento, quod reus peierauerit, & legibus cautum ſit, nemini ex periurio ſuo, lucrum impium accedere debere. At hoc falſiſsimum eſt, & pugnat cum l. 1. C. de reb. credit. & iureiur. Ibi Imperator docet, cauſam iureiurando deciſam, periurij prætextu retractari non poſſe, cum præſtito iureiurando, nihil amplius quæratur, quàm an iuratum ſit, remiſſa quæſtione, an debeatur, *vt ſupra dictum eſt, ex l. non erit ratum h. t. n.* Ratio igitur qua Iuſtinianus in d. l. final. C. de reb. credit. & iureiur. vtitur, ſatis commoda non eſt, eaque Accurſio quoq; & alijs non placuit & propterea ex ratione d. l. final. argumen-

gumentum idoneum ad impugnandam definitionem iuriſiurandi non ſumitur. Adfert verò Accurſius in d.l fin.C.de reb.cred & iureiurand. hanc rationem, quare ibi heres, prolato teſtamento, à legatario vel fideicommiſſario legatum vel fideicommiſſum ſolutum repetat, quod inter heredem & legatarium ſiue fideicommiſſarium lis pependit ex teſtamento, eaq; lis, iureiurando fuit decisa, quod pro tranſactione eſt *l. 2. & d l. admonendi in fin. h. t. n.* Regula autem iuris eſt, quod de his controuerſijs, quæ ex teſtamento proficiſcuntur, neq; tranſigi, neque exquiri veritas aliter poteſt, quàm inſpectis cognitiſque verbis teſtamenti *l. 6. de tranſaction. l. 1. quemadmodum teſtam. aperiantur.*

ALIVD.

Denique aduerſus definitionem noſtram obijcitur l. ſi duo patroni. §. ſi quis iurauerit, cum ſeq. h. t. n. Ibi ICtus docet, quod poſt præſtitum iuramentum, vetus actio competat. Igitur iuramentum non eſt litis deciſio. R. Aut reus iurat, & iuramentum certam litis definitionem adfert, quia actori in reum denegatur actio *l. ait prætor, cum 2. ll. ſeqq. h. t. n.* Aut verò actor iurat, & iuramentum ſimiliter certam litis definitionem inducit. Verum ſi reus poſt præſtitum ab actore iuramentum non ſoluat, tunc actori vetus actio competit, quæ iureiurando informata fuit, nec ex eo ſequitur, litem iureiurando non fuiſſe deciſam. Nam & res iudicata certam litis definitionem adfert, & tamen in condemnatum, ſi poſt tempora iudicati non ſoluat, datur actio.

ALIVD.

In tertia propoſitione dicimus, tres eſſe ſpecies iuramenti, reiecta illorum ſententia, qui duas tantum iuriſiurandi, quod lites finit, ſpecies eſſe volunt. Nec quicquam pro ea ſententia facit l. 1. h. t. n. & l generaliter. C. de reb. credit. & iureiurand. Ex illis legibus ita quis argumentari poſſet. Iuriſconſultus in d. l. 1. h. t. n. docet, controuerſias iureiurando decidi, vel ex pactione ipſorum litigatorum, vel ex auctoritate iudicis. Ecce hic ICtus duas duntaxát nominat ſpecies iuriſiurandi, quib. controuerſiæ deciduntur: Iuſiurandum ſcilicet voluntariũ, & iuſiurandum neceſſariũ. Volũtarium iuſiurand. intelligit, cum pactionem litigarorũ nominat.

Neceſſa-

Neceſſarium cum nominat iudicis autoritatem. Inde igitur ſequitur, duas tantum ſpecies eſſe iuriſiurandi, Iuſiurandum Voluntarium, & iuſiurandum neceſſarium. Sic Imperator Iuſtinianus in d. l. generaliter. C. de rebus credit. & iureiur. duas tantum ſpecies iuriſiurandi quod lites finit, conſtituere videtur, vnum quod à partibus defertur, alterum quod à iudice defertur. Sic enim in princ. d. l. generaliter; inquit: generaliter de omnibus iuramentis, quæ in litibus offeruntur, vel à iudice, vel à partibus definiendum eſt. Et poſtea in §. ſed iuramento illato, rurſus docet, iuramentum inferri vel à partibus, vel ex auctoritate iudicis. Igitur duæ tantum ſunt ſpecies iuriſiurandi. Sed vt dixi, nihil faciunt hæc, pro ſententia illorum, qui duas iuriſiurandi ſpecies eſſe contendunt. Nam cum Iuriſconſultus docet in d. l. 1. h. t. n. ex pactione litigatorum iureiurando controuerſias decidi, per pactionem litigatorum, intelligit pactionem ſiue conuentionem litigatorum, quæ fit vel extra iudicium, vel in iudicio. Si iuſiurandum deſcendat ex pactione litigatorum, facta extra iudicium, tunc iuſiurandum, voluntarium eſt iuſiurandum. Si deſcendat ex pactione, quæ fit in iudicio, iuramentum iudiciale eſt iuramentum. Vtramque conuentionem, ſiue pactionem Iuriſconſultus ſignificat, & propterea ex d. l. 1. h. t. n. conuinci non poteſt, duas tantum eſſe ſpecies iuriſiurandi. Multò minus id probatur ex d. l. generaliter. C. de rebus cred. & iureiurand. Etenim tota illa lex, eſt de iureiurando, quod pars defert parti in iudicio, & de iureiurando, quod iudex defert in cauſis dubijs. De iureiurando, quod à parte parti extra iudicium defertur, nihil in ea lege agitur. Intelligitur hoc primum ex eo, quod Iuſtinianus Imperator, poſtquam dixit, omne iuramentum vel à partibus, vel à iudice inferri, ſubijcit mox, iuramentum illatum ſub ipſo iudice dari, hoc eſt præſtari debere. At quod extra iudicium defertur, non datur, ſiue præſtatur ſub iudice. Ideoque Iuſtinianus de iuramento, quod extra iudicium infertur, ibi non agit. Quod ſecundò inde etiam intelligitur, quod Iuſtinianus non abſolutè de iureiurando à partibus illato loquitur, ſed de illo iureiurando à partibus illato, quod iudex approbauit. Iudex autem approbat tantum iuſiurandum in iudicio delatum, extra iudicium de-

latum

latum iuſiurandum, iudex non approbat, nec extra iudicium cogit eum, cui delatum eſt iuſiurandũ, vt iuret, vel ſoluat. Quamuis autem Iuſtinianus in d. l. generaliter, de iureiurand. quod pars parti extra iudicium defert, non tractat: tamen inde non efficitur, duas tantum iuriſiurandi ſpecies eſſe, cum nihil prohibeat, quo minus rei alicuius pluribus exiſtentibus ſpeciebus, de vna atque altera ſpecie, ſeparatim rectè agatur. Sic Antoninus Imperator in l 1. C. de rebus credit. & iureiurand. iuriſiurandi voluntarij, quod extra iudicium defertur, itemque iuriſiurandi iudicialis meminit. Sic enim inquit: Cauſa iureiurando, ex conſenſu vtriuſque partis, vel aduerſario inferente, deciſa, periurij prætextu, retractari non poteſt. His verbis, ex conſenſu vtriuſq; partis, ſignificat Imperator iuſiurandum voluntarium. Sequentibus verbis, vel aduerſario inferente, intelligit, iuſiurandum iudiciale, *vt Accurſio quoq; in d. l. 1. C. de rebus credit. & iureiurand. viſum eſt.* Et iudiciale iuſiurandum quod notandum eſt, ab Antonino Imperatore dicitur, ab aduerſario inferri, opponiturque iureiurando voluntario, quo cauſa ex conſenſu vtriuſque partis deciditur, non propterea, quod iudiciale iuſiurandum, ex conſenſu partium non deſcendat, ex conſenſu enim & placito, ſiue pactione partium venit, *l. cum proponas. C. de rebus credit. & iureiur. l. 1. h. t. n.* Sed idcircò quod conſenſus partium, qui in iudiciali iureiurando intercedit, non æquè liber eſt, ac liber eſt conſenſus partium, in voluntario iureiurando, cum voluntarium iuſiurandum liberè deferatur, liberè etiam ſuſcipiatur. Iudiciale liberè deferatur, ſed vel ſuſcipiendum ſit, vel referendum, & ideò illud Antoninus Imperator reſcripſit, ex conſenſu vtriuſq; partis venire, hoc ab aduerſario inferri, *d. l. 1. C. de rebus credit. & iureiur.* Sicuti verò ex eo, quod Antoninus Imperator *in d. l. 1.* duarum tantum ſpecierum iuriſiurandi mentionem facit, iuriſiurandi ſcilicet voluntarij & iudicialis, non rectè infertur, duas tantum illas eſſe ſpecies iuriſiurandi. Ita quoq; ex d. l. generaliter C. de rebus credit. & iureiurand. in qua Iuſtinianus duarum tantum ſpecierum iuriſiurandi meminit, non rectè colligitur, duas tantum iuriſiurandi ſpecies ponendas eſſe.

ALIVD.

Amplius ſuperioribus iuriſiurandi ſpeciebus & definitionibus, non aduerſatur, quod abſurdum videri poſſet. Iudiciale iusiurandum dici à loco. Nam cum abſurdum non ſit, vt locus in quo ius redditur, ius dicatur, appellatione collata ab eo, quod fit, in eo vbi fit *l. ius pluribus modis, de iuſtit. & iure.* Multò minus abſurdum videri poteſt, quod iudiciale iuſiurandum à loco nomen habere dicimus, maximè cum non ſolus locus, ſed etiam iudex, qui iuſiurandum delatum approbat, iudiciale iuſiurandum faciat. Denique quamuis iuſiurandum, quod in cauſis dubijs defertur, à iudice defertur, & quidem in iudicio, non tamen propterea hic iuſiurandum, iudiciale iuſiurandum appellari debet, ſed potius neceſſarium, cum propter inopiam probationum, neceſſariò à iudice deferatur, neceſſariò etiam ab eo, cui delatum eſt, ſuſcipiatur, quorum neutrum contingit in iureiurando, quod pars parti defert in iudicio, iudice iuramentum approbante. Ideoque hoc potius iudiciale nominatur, quàm illud.

V. Propoſitio.

Ac iuramentum omnino deferri debet: & ſi quis iurauerit, nemine ei iuſiurandum deferente, prætor id iusiurandum non tuebitur, ſibi quippe iurauit, alioquin facillimus quiſq; ad iuſiurandum decurrens, nemine ſibi iuſiurandum deferente, oneribus actionum ſe liberabit.

VI.

Iurari quoq; oportet, vt delatum eſt iuſiurandum: & ſi ego detuli, vt per Deum iurares, tu per caput tuum iuraſti, vel filiorum tuorum, non erit ratum habendum iuſiurandum.

VII.

Sed etſi per ſalutem tuam iuraſti, licet per Deum iurare videaris, reſpectu enim diuini numinis ita iuraſti, attamen cum non ita ſpecialiter iuſiurandum tibi delatum ſit, iuraſſe non videris, & ideò ex integro ſolenniter iurandum eſt

Si de

VIII.

Si de qualitate iuramenti fuerit inter partes dubitatum, conceptio eius arbitrio iudicantis eſt.

ARGVMENTVM I.

Dicimus iuramentum non valere, niſi delatum fuerit. Contra. Iuramentum Deo præſtatur. Deus autem ad mentem iurantis reſpicit, non ad externam illam delationem. Igitur videtur dicendum iuramentum valere etſi delatũ non fuerit. R. Quod ad Deum attinet, procul dubio iuramentum etiam non delatum & à parte præſtitum, valet. Cæterum quoad iudicium, non valet, niſi delatum fuerit. Ratio eſt, quia facillimè ad iuſiurandum decurrere, & oneribus actionum ſe liberare poſset. Alij hominum perquam faciles ſunt ad iurandum, alij perquam timidi, *vt ICtus inquit in l. 8. de condition. Inſtit.* Illi qui faciles ſunt ad iurandum, ex ſua facilitate commodum ſentirent, qui timidi incommodum, quod eſſet iniquum. Igitur iuramentum deferri oportet.

ALIVD.

Dicimus iurari debere vt delatum eſt iuſiurandum. Huic propoſitioni aduerſari videtur, propoſitio 8. in qua dicitur, conceptionem iuramenti, iudici relinqui. Si iudici relinquenda eſt conceptio iuramenti, ergò non eſt neceſsè, vt iuretur ita, vt delatum eſt iuramentũ. R. Iurandum eſt, vt delatum eſt iuramentum, & is cui iuramentum delatum eſt, pro ſuo arbitrio, iuramentũ delatum, mutare non poteſt, quod ſi faciat, & non iuret, vt delatum eſt iuramentum, iuramentum ratũ non habetur. Verum ſi ei, cui delatum eſt iuramentum, iuramentum quidem ſiue conditio iurandi non diſpliceat, conceptio autẽ ſiue formula iuramenti diſpliceat, atq; ita partes de qualitate iuramenti inter ſe non conueniant hoc caſu, conceptio iuramenti, arbitrio iudicantis relinquitur, vt 8. propoſitio habet.

ALIVD.

Effectus inſpiciendus eſt non modus *l. 3. C. de inſtitut. & ſubſtitut.* Ibi mater filios heredes inſtituit ſi à patre emancipati eſſent. Pater poſtea deportatus eſt, vel eſt defunctus, atq; ita liberi patria poteſtate ſunt liberati alio modo quã emãcipatione. Ab Impera-

Digitized by Google

Antonino eſt reſcriptum, liberos ad matris hereditatem admitti debere. Modus igitur non attenditur, vbi effectum habemus. At cum quis iuramentum mihi defert, vt per Deum iurem, & ego per caput meum iuro, vel per ſalutem meam, effectus habetur, iuramentum enim præſtatur. Igitur videtur dicendum quod de modo non debeamus curare, aut multum ſolliciti eſſe. R. Effectum inſpicimus non modum, vbi quis effectum conſiderauit, magis quàm modum, *vt in d. l. 3. C. de inſtitut. & ſubſtitut. accidit.* At ſecus eſt, cum quis non tantum effectum conſiderat, ſed ſimul etiam modum, per quem, effectum haberi velit. Hoc caſu, non effectum inſpicimus tantum, ſed etiam modum. Et hoc in iuramento contingit. Deferens enim iuramentum, non tantum effectum conſiderat, ſed ſimul etiam modum, & modus quaſi forma eſt, iuramento adſcripta. Et forma eſt ſeruanda, aliàs actus eſt nullus.

ALIVD.

Dicimus iuramentum deferendum eſſe, aliàs iuramentum non valere. Obſtat l. ſi legatarius. 23. de dolo mal. Ibi legatarius vltro iurauit, hereditatem ad ſolida legata ſoluenda ſufficere. Et heres ſolidum legatum ſoluit. Igitur iuramentum etiam nemine deferente valet. R. Ibi heres non ſoluit ſolidum legatum legatario coactus, propterea quod legatarius vltrò, herede iuramentum non deferente, iurauit, ſed heres fallacia legatarij iurantis deceptus, ſoluit ſolidum legatum, & idcircò fallacia detecta habet actionem, de dolo *d. l. ſi legatarius, de dolo malo.*

ALIVD.

Non obſtat Nouella 124. ex qua litigatores iurant nihil ſe iudicibus alijſuè perſonis patrocinij cauſa dediſſe, cauiſſe, præterquam honoraria aduocatis & ſportulas executoribus. Item non obſtat Nouella 117. ex quâ Tribunus militum iurat, ſacroſanctis Euangelijs propoſitis apud actorum monumenta, maritum mulieris mortuum eſſe. Non obſtat l. quoties. C. de dignitat. lib. 12. vbi illuſtres iurant iudicio ſiſti ſiue ciuiliter ſiue criminaliter conueniantur. In illis locis omnibus agitur de legitimo iuramento, non de iuramento quod litium expediendarum eſt remedium.

Sic

Digitized by Google

Sic in l. præſenti §. ſicubi. C. de his qui ad Eccleſ. confug. is apud quem res Eccleſiæ adſeruntur abſconditæ, de ſua conſcientia ſatisfacere authoritate venerabilis Antiſtitis iubetur.

I X. Propoſitio.

Iuramentum autem deferre omnes poſſunt, exceptis infantibus, pupillis, prodigis, furioſis, mente captis, procuratoribus vel Syndicis, quibus actio tantum mandata eſt.

X.

a Filiusfamilias vel ſeruus in re patris vel domini, ſine ſpeciali mandato, iuramentum non deferunt, nec in re peculiari, niſi habeant liberam peculij adminiſtrationem.

ARGVMENTVM. I.

In nona propoſitione dicimus, omnes iuramentum deferre poſſe, exceptis infantibus, pupillis &c. atque ita non excipimus minores 25. annis, ſed volumus minores 25. annis iuramentum deferre poſſe. At obſtat l. 3. C. de in integrum reſtitution. minor. Ibi ab Impp. Diocletiano & Maximiano reſcriptum eſt, minorem 25. annis curatorem habentem, res ſuas vendere non poſſe, quod ſi fecerit, contractum ſeruari non oportere, quia minor curatorem habens, non ſit abſimilis ei cui à Prætore, curatore dato, bonis interdictum eſt. Conſtitutum verò ſine curatore, & res ſuas vendentem, reſtitutionem in integrum implorare poſſe, ſi tempora reſtitutionis in integrum, nondum exceſſerint. Ecce minor curatorem habens, non poteſt res ſuas alienare. Igitur minor curatorem habens, abſque curatore, iuramentum quoque deferre non poteſt. R. Interpp. communiter ſentiunt, minorem curatorem habentem, abſque curatore iuramentum deferre non poſſe, ſicuti minor curatorem habens, abſque curatore res ſuas vendere non poteſt. Cæterum hæc Interpretum noſtrorum ſententia, temerè admittenda non videtur, cum nuſ-

quam proditum apertè ſit, minorem, curatorem habentem, abſque curatore, iuramentum deferre non poſſe. Quinimò contrarium traditum eſt, *in l. nam poſteaquam. §. ſi minor 25. annis, de iureiurand.* Ibi minor 25. annis iuramentum detulit, & in integrum reſtituitur. Igitur delatio iuramenti, valuit. Et minor ibi curatorem habuit quia detulit iuſiurandum in lite, quæ nulla fuiſſet ſine curatore. Præterea hæc ſententia huiuſmodi argumento confirmari poteſt. Cui ſolui poteſt, is rectè & iuramentum defert *l. huic enim ſolui quoq; rectè poteſt, de iureiurand.* At minori 25. annis, ſine curatore rectè ſoluitur *l. ait prætor, de minoribus.* Ergo & minor curatorem habens iuramentum deferre poteſt ſine curatore. Nec obſtat d. l. 3. C. de in integrum reſtitut. minor. Illa lex de rerum alienatione loquitur. Et minor 25. annis curatorem habens, res ſuas ſine curatore alienare non poteſt. Ratio eſt quia curatori rerum adminiſtratio permiſſa eſt. At alia, quæ alienationem rerum non concernunt, minor curatorem habens, ſine curatore exequi poteſt. Sic puberes, ſiue minores 25. annis, ſine curatoribus obligantur, *l. puberes, de verborum obligation.* Puberes ſine curatore rectè ſoluunt & reſtituunt *l. 1. §. fuit quæſitum, ad Senatuſconſultum Trebellian.* Puberibus rectè ſoluitur ſine curatore *d. l. ait prætor. de minoribus.* Puberes moram faciunt ſine curatoribus &c. Sic puberes ſiue minores 25. annis, curatorem habentes, ſine curatore iuramentum deferre poſſunt, ſed læſi reſtituuntur, *d. l. nam poſteaquam.*

ALIVD.

Sed rurſus obſtat l. 4. C. de rebus credit. vbi minor 25. annis cum tutore ſuo egit, eique iuſiurandum detulit. Lex quidem loquitur de pupillo, ſed pupillus ibi videtur accipi pro pubere, quia Imperatores dicunt pupillum actione tutelæ egiſſe, qua actione non agitur niſi finita tutela, hoc eſt poſt pubertatem. Pubes igitur ſiue minor, tutori ſuo iuſiurandum detulit. Tutor iurauit, ſe ex actione tutelæ dare non oportere. Imperatores reſcripſerunt, puberem non prohiberi, eandem litem poſtea exercere. Igitur pubes iuramentum deferre non poteſt. R. Lex 4. C. de rebus credit. non loquitur de pubere, ſed impubere. Nec mouet quod pupillus egit tutelæ actione, qua non agitur niſi poſt finitam

Digitized by Google

tam tutelam. Nam ibi tutela fuit finita, ſed non fuit finita pubertate, alioquin valuiſſet delatio iuriſiurandi à pubere facta, ſed tutela fuit finita alio modo, veluti tutore dato ad tempus, vel ad certam conditionem, vel tutore remoto quaſi ſuſpecto. His caſibus pupillus, alio tutore accepto, egit tutelæ actione, & tutori iuſiurandum detulit ſine authoritate noui tutoris, Hæc delatio non valet, & quamuis tutor iurauerit, ſe ex ratione tutelæ dare non oportere, tamē nihilominus poſtea pupillus rurſus tutorem conuenire poteſt. Et ſi tutor opponat exceptionem iuriſiurandi, pupillus replicabit ſe non habuiſſe ius deferendi iuſiurandi *l. iuſiurandum, quod ex conuentione. §. 1. de iureiur.* Ibi dicitur pupillus tutore authore iuſiurandum deferre debet, quod ſine tutore authore detulerit, exceptio quidem obſtabit ſed replicabitur, quia rerum adminiſtrandarum ius ei non competit.

ALIVD.

Diximus pupillo obijci poſſe exceptionem iuriſiurandi, & pupillum replicare poſſe quod ius deferendi iuriſiurandi non habuerit. Obſtat l. 1. in princ. quarum rerum actio non detur. Ibi dicitur ſi pupillus ſine tutoris authoritate detulerit iuſiurandum, dicemus non obſtare exceptionem iſtam, niſi tutore auctore in iudicio delatio facta ſit. R. Pupillo obſtat exceptio, ſed non cum effectu, quia poteſt aduerſus exceptionem replicare, ſe ius deferendi iuriſiurandi non habuiſſe, atque ita perinde eſt ac ſi non obſtaret exceptio & ideò ſimpliciter & abſolutè, dicitur *in d. l. 1. quarum rer. actio non detur*, pupillo exceptionem non obſtare.

ALIVD.

Diximus pupillum, tutore auctore iuſiurandum deferre poſſe. Videtur obſtare l. 2. C. ſi tutor vel curator interuenerit. Ibi Alexander Imperator reſcripſit, pupillum in integrum reſtitui, ſi in iudicio vel extra iudicium tutore authore quid egerit, & circumuentus fuerit. Igitur pupillus in iudicio vel extra iudicium tutore authore iuſiurandum non poteſt deferre. R. Poteſt tutore authore deferre pupillus iuſiurandum in iudicio & extra iudicium.

Cæterum

Digitized by Google

Cæterum ſi læſus fuerit, tunc reſtituetur in integrum. Sic minor 25. annis reſtituitur in integrum, ſi delato iureiurando læſus fuerit, ſiue ſolus detulerit, ſiue curatore authore *d. l. 2. C. ſi tutor vel curator interuenerit.*

A L I V D.

Diximus pupillum in integrum reſtitui, ſi in iudicio, tutore authore iuſiurandum detulerit, & fuerit læſus. Sed contra ita argumentor. Iuſiurandum vicem ſolutionis obtinet *l. iuſiurandum quod ex conuentione, de iureiur.* Pupillus autem non reſtituitur in integrum, ſi tutore authore & iudice ei ſolutum fuerit. Si ſolo tutore auctore ſolutum ſit, datur reſtitutio. *l. ſancimus. C. de administrat. tutor. §. final. Inſtit. quibus alienar. licet vel non* Igitur videtur dicendum quod pupillus etiam in integrum non reſtituatur, ſi tutore authore in iudicio iuſiurandum, detulerit, iudice iuſiurandum approbante. R. Iuſiurandum vicem ſolutionis obtinet hoc verum eſt, & debitor iurans æquè liberatur ac ſi ſoluiſſet. Nam iureiurando tollitur naturalis obligatio, *l. ſi quis iurarit, de condict. indeb. l. Stichum 95. §. naturalis, de ſolution.* Tollitur etiam iureiurando Ciuilis obligatio ipſo iure quod Accurſius in l. 17. de iureiurando, non animaduertit, *l. nam poſteaquam, de iureiur.* Et exceptio iuriſiurandi, non datur, niſi cum ambigitur an ſit iuratum. *d. l. nam poſteaquam, de iureiurand.* Iuſiurandum ergo vicem ſolutionis obtinet, & perinde liberat iurantem, ac ſolutio. Cæterum quod ad reſtitutionem in integrum attinet, facilè datur reſtitutio aduerſus iuſiurandum, aduerſus ſolutionem non item. Ratio eſt, ne reus qui ſoluit, bis ſoluere cogatur, quod cogeretur facere ſi daretur reſtitutio aduerſus ſolutionem. Ideoque aduerſus ſolutionem, reſtitutio non datur. Qui iurauit, nihil ſoluit. Et ideo pupillus aduerſus iuſiurandum in integrum reſtituitur.

A L I V D.

Dicimus ſeruum iuramentum deferre ſi habeat mandatum ſpeciale vel liberam peculij adminiſtrationem. Contra. Seruus non poteſt ſtare in iudicio, *l. ſeruus. C. de iudicijs.* Ergò non poteſt iuſiurandum deferre. R. Seruus cauſam agere non poteſt. Verum non omninò vetatur iuſiurandum deferre ei, cum quo agit dominus

Digitized by Google

dominus ex cauſa peculiari, vel ei qui agit cum domino de peculio &c. Si ſeruus deferat iuſiurandum reo, id eſt ei cum quo dominus agit, iſq; iurauerit, ſeruatur iuſiurandum per exceptionem, *l. ſeruus quod detulit, de iureiurando.* Si deferat ſeruus iuſiurandum ei, qui cum domino agit de peculio, iſq; iurauerit, non datur actio ex iureiurando in factum de peculio aduerſus dominum *l. 5. §. ſi filius, de pecul.* Quidam voluerunt & de peculio actionem dandam in dominum, ſi ſeruus actori detulerit iuſiurandum *l. quidam, de iureiur.* Sed hæc ſententia alijs diſplicuit *d. l. 5. §. ſi filius, de peculio.* In filiofamilias omnes conſenſerunt, deferente filiofamilias, qui liberam peculij adminiſtrationem habet, iureiurando reo vel actori, ex eo iureiurando dat & exceptionem & actionem, quia filiusfamilias idonea perſona eſt, quæ in iudicio conſiſtere poteſt. Secus eſt in ſeruo.

A L I V D.

Per delationem iuramenti quaſi contrahere dicimur, *vt conſtat ex l. qui iuraſſe. §. final. de iureiurand. Et eſt textus apertior in l. 5. §. 1. de pecul. Ibi dicitur, ſi filiusfamilias detulit iuſiurandum & iuratum ſit, de peculio danda eſt actio quaſi contractum ſit, ſecus eſt in ſeruo.* At ita eſt, quod ſeruus contrahere poteſt. Igitur videtur dicendum, ſeruum quoq; iuſiurandum poſſe deferre. R. Contrahit ſeruus, at iuſiurandum non defert, quia per delationem iuriſiurandi, facit eum cui defert iuſiurandum teſtem in propria cauſa, itemq; iudicem. *l. 1. quarum rerum actio non detur. l. vltim. C. de fideicommiſſ.* atq; ita longè plus eſt, iuſiurandum deferre, quàm contrahere.

A L I V D.

Sed rurſus inſtatur, ſeruus contrahens, dominum inuitum obligat, quatenus eſt in peculio, licet non habeat liberam peculij adminiſtrationem. Ergo & iuſiurandum poteſt deferre, licet non habeat liberam peculij adminiſtrationem, quia deferendo iuſiurandum quaſi contrahere videtur. R. Eodem modo quo ſuprà. Grauius præiudicium vertitur in deferendo iuramento quàm in contrahendo. Ergo & c.

A L I V D.

ICtus docet ſeruum liberam peculij adminiſtrationem haben-

Digitized by Google

bentem, iuramentum deferre poſſe ei cum quo dominus agit. *l. ſeruus quod detulit, de iureiur. Et in l. proximè. ſequenti hanc rationem adycit quod rectè ſeruo ſolui poßit.* Ex illa ratione ita argumentatur Riminaldus. Seruus indiſtinctè ſolutionem recipere poteſt, ſiue habeat liberam peculij adminiſtrationem ſiue non *l. quod ſeruus 35. de ſolution.* Ergo & ſeruus indiſtinctè iuſiurandum deferre poteſt, ſiue habeat liberā peculij adminiſtrationem ſiue non. R. Ex ſententia Riminaldi, ratio qua Iuriſconſultus vtitur non eſt vſque quaque vera, ſed ita procedit, ſeruo liberam peculij adminiſtrationem habenti rectè ſoluitur. Ergo & ſeruus poteſt iuſiurandum deferre. At non valet argumentatio rectè ſoluitur ſeruo etſi non habeat liberam peculij adminiſtrationem. Ergo & hoc caſu ſeruus iuſiurandum deferre poteſt.

ALIVD.

Seruus & filius in cauſa non peculiari poſſunt iurare. Nam ſi ſeruo, vel filio delatum fuit iuramentum vt iurarent dari non oportere, vel rem patris vel domini eſſe, valet iuramentum, & domino vel patri datur actio vel pacti exceptio *l. ſed etſi ſeruus, de iureiurand.* Ergò videtur dicendum, filium, & ſerunm deferre quoque poſſe iuramentum in re patris & domini, vt contrariorum eadem ſit diſciplina. R. Eadem eſt diſciplina contrariorum, ſi eadem ſit ratio in contrarijs. Aliàs ſecus. Hic eſt ratio diuerſa. Quia quando ſeruus vel filius iurat, dominum vel patrem dare non oportere, vel rem domini aut patris eſſe, domini & patris conditio fit melior. Secus eſt quando ſeruus vel filius defert iuramentum in re patris vel domini, tunc deterior fit domini vel patris conditio. Ergo &c. non valet, *traditur hac ſolutio in lege multò magis, de iureiurand.*

XI. Propoſitio.

Omnibus verò deferri iuramentum poteſt cuiuſcunque ſexus ætatiſue ſint.

XII.

Ac in quacunque actione iuramentum rectè defertur.

tur, & ſi quis quacunque actione conuentus iurauerit, proficiet ei iuſiurandum, ſiue in perſonam, ſiue in rem, ſiue in factum, ſiue pœnali actione vel quauis alia agatur, ſiue de interdicto. Sed etſi de conditione perſonæ fuerit iuratum, prætor iuſiurandum tuebitur.

ARGVMENTVM. I.

Dicimus in 12. propoſitione, ſi de conditione perſonæ fuerit iuratum, Prætorem iuſiurandum tueri. Obſtat l. non diſtinguemus. §. de liberali cauſa, de recept. ibi dicitur, quod de liberali cauſa compromiſſo facto, arbiter non compellitur ſententiam dicere, quia inquit Iuriſconſultus fauor libertatis eſt, vt maiores iudices habere debeat. Super liberali igitur cauſa, & conditione perſonæ, maiores iudices cognoſcunt. At priuatus aliquis, cui iuramentum defertur, iudex conſtituitur ab eo qui defert iuramentum *l. 1. in princ. quarum rerum actio non detur* Igitur videtur dicendum, quod ſuper liberali cauſa, aut conditione perſonæ, iuramentum deferri non poſſit. R. Differentia eſt inter arbitrum & eum cui iuramentum defertur. Arbiter ſuper liberali cauſa non compellitur ſententiam dicere, quia fauor libertatis eſt, vt maiores iudices habere debeat. At is cui iuramentum defertur ſuper liberali cauſa, compellitur iurare.

ALIVD.

Pupillus ſi impubes eſt, iurare non poteſt *l. videamus in princ. de in litem iurand.* Igitur non omnibus cuiuſcunque ſexus ætatiſue ſunt, iuramentum defertur. R. Pupillus iurare non poteſt, in litem ſcilicet, & hoc titulus ipſe indicat. At iuramentum litis deciſiuum pupillo deferri poteſt.

ALIVD.

Sacramenta puberum ſuper contractibus rerum ſuarũ non re-

Digitized by Google

tractandis, inuiolabiliter cuſtodiantur. *Authent. ſacramenta puberum. C. ſi aduerſus vendition.* Loquitur Authent. de puberibus. Ergò impuberes non poſſunt iurare, quod pugnat cum eo quod dicimus, omnibus cuiuſcunque ſint ætatis poſſe iuramentum deferri. R. Authentica Sacramenta puberum, loquitur de iuramento confirmatorio contractus. Et ſi pubes contractum iuramento firmauerit, inuiolabiliter contractus ſeruari debet. Si impubes contractum iuramento firmauerit, nihilominus poteſt peti in integrum reſtitutio. At nos hic agimus de iuramento litis deciſiuo. Hoc iuramentum pupillo deferri poteſt.

XIII. Propoſitio.

Iuramentum delatum cuiuſcunque ſpeciei ſit, deferens reuocare poteſt, etiam vſque ad ſententiam definitiuam, vel poſt ſententiam quoque definitiuam, ſi prouocatione ſententia ſuſpenſa fuerit.

XIV.

Iniquè ergò egerunt Centumuiri, quod reuocationem iuriſiurandi Aruncio delati non admiſerunt, eaque Centumuirorum iniquitate Albutius motus nunquam in foro amplius cauſam dixit: vt eſt apud Senecam lib. 7. declamation.

XV.

Semel reuocato iuramento, amplius deferri iuramentum non poteſt.

ARGVMENTVM I.

Dicimus iuramentum delatum reuocari poſſe. Contra ita argumentor. Quod ſemel placuit, amplius diſplicere non poteſt. *c. quod ſemel, de R. I. in 6.* At ei qui detulit iuramentum, ſemel hoc placuit, vt is, cui delatum eſt iuramentum, iuraret. Ergò hoc poſtea diſplicere non debet. R. Maior vera eſt, niſi lex permittat, vt quod ſemel placuit, diſplicere poſtea poſsit.

ALI-

Digitized by Google

ALIVD.

Mutare conſilium in alterius detrimentum nemo poteſt, *l. nemo poteſt, de R. I. c. mutare conſilium, de R. I. in 6.* Ergò nec iuramentum reuocare licet. R. vt ſupra.

ALIVD.

Heres non poteſt voluntatem ſuam mutare. *l. huiuſmodi. §. Stichum aut Pamphilum de legat. 1.* Ergò nec is qui iuramentum defert. R. Heres poteſt mutare voluntatem, vt ſi Stichus aut Pamphilus legatus fuerit hoc modo, Stichum aut Pamphilum dato, heres voluntatem mutare poteſt. *l. eum qui certarum. §. vltim. de Verbor. obligation.* Sed hoc non procedit, quando nominatim heredi datur electio, hoc modo, Stichum aut Pamphilum vtrum volet heres dato. Tunc ſemel tantum eligere aut optare heres poteſt *d. l. huiuſmodi. §. Stichum aut Pamphilum, de legat. 1.* Sic quoque creditor poteſt mutare voluntatem niſi electio nominatim illi permiſſa fuerit *l. 5. de legat. 1.*

ALIVD.

Semel eſt agnoſcenda bonorum poſſeſsio *l. ſed cum patrono, de bonor. poſſeſſ.* Et ſemel agnita bonorum poſſeſsione, mutari voluntas non poteſt. Ergo ſemel delato iuramento, reuocari iuramentum non poteſt. R. Hæc eſſe diſsimilia.

Riminaldus.

Iuramentum antequam eſt acceptatum, poteſt reuocari. Nam etiam contractus, antequam eſt perfectus, non neceſsitat. Acceptatum iuramentum, non poteſt reuocari niſi ex cauſa Hæc Riminaldus. Iudex quod in re dubia iuſiurandum detulit, re integra, id eſt, nondum præſtito iureiurando, neque ſententia dicta, reuocare poteſt. Quia conſtat quamlibet interlocutionem iudicis retractari poſſe non ſententiam. Hæc Cuiacius.

XVI. Propoſitio.

Delato iureiurando, is cui delatum eſt iuramentum, ſiquidem voluntarium eſt, id vel ſuſcipere vel recuſare impunè poteſt, referre non poteſt. Si neceſſarium, ſuſcipere, id debet, referre non poteſt, nec etiam impunè recu-

Digitized by Google

ſare. Si iudiciale, id vel ſuſcipere debet, vel referre, recuſare impunè non poteſt.

ARGVMENTVM. I.

Dicimus in hac propoſitione, iuramentum debere ſuſcipi, nec poſſe iuramentum recuſari, maximè ſi neceſſarium fuerit, aut iudiciale. Contra ita argumentor. Si iuramentum ſit delatum, poteſt is cui delatum eſt iuramentum, non iurare, & tunc perinde res habetur, ac ſi res in iuſiurandum admiſſa non eſſet. *l. 5. §. final. de iureiurand.* Igitur certè iuramentum, cuiuſcunque ſpeciei ſit, recuſari poterit, & perinde erit vt Iuriſconſultus loquitur, ac ſi res in iuſiurandum admiſſa non eſſet. R. Iuramentum iudiciale aut neceſſarium impunè recuſari non poteſt. Si recuſetur, iudex recuſantem, tanquam confeſſum condemnat, ſed condemnato appellare permittitur, cum iuſtam potuerit habere recuſandi cauſam. Si relatum iuramentum recuſetur, iudex recuſantem etiam condemnat, ſed condemnatus non poteſt appellare. Nimis enim inquit Imperator crudele eſt, parti, quæ hoc detulit, propter hoc ipſum quod iudex eius petitionem ſecutus eſt, ſupereſſe prouocationem *l. penult. C. de reb. credit.* Verum ſi deferatur iuramentum neceſſarium vel iudiciale, is cui defertur, poteſt non iurare. Et tunc iuramentum pro non delato habetur. Et aliud eſt non iurare, vbi iuramentum defertur, longè aliud iuramentum recuſare. Recuſat iuramentum, qui dicit ſe nolle iurare. Non iurat, qui delatum iuramentum ilicò & in continenti non ſuſcipit. Prius impunè facere non licet, iuramento neceſſario vel iudiciali delato. Poſterius impunè fit, & iuramento iudiciali vel neceſſario delato, licet non iurare, hoc eſt permittitur ei cui iuramentum delatum eſt, vt in continenti, & ilicò, non ſuſcipiat iuramentum, & tunc iuramentum pro non delato habetur. Cæterum ſi is qui detulit iuramentum inſtet & vrgeat, vt is cui iuramentum delatum eſt, iuramentum ſuſcipiat, tunc cogitur ſuſcipere iuramentum & iurare, recuſare impunè non poteſt. Cogitur inquam ſuſcipere, ſi neceſſarium ſit, ſi iudiciale poteſt iuramentum referre, ſi hoc placeat.

Digitized by Google

ALIVD.

Dicimus iuramentum iudiciale referri poſſe. Obſtat l. 11. §. final. cum duab. ll. ſeqq. rerum amotar. Ibi dicitur, quod is cum quo agitur furti aut rerum amotarum, iuramentum referre non poſsit, ſi delatum ei fuerit iuramentum vt iuret res non amouiſſe, furtum non feciſſe. Ergo &c. R. Is cui defertur iuramentum, poteſt iuramentum referre, ſi velit, verum ab hac regula excipitur is cum quo agitur furti aut rerum amotarum. Si enim ei cum quo furti agitur aut rerum amotarum, delatum fuerit iuramentum, id referre non poteſt. Ratio eſt ſecundum quoſdam, quod æquius eſt reum iurare de ſuo facto quam actorem qui certò non ſcit, ſed ſuſpicatur tantum reum furem eſſe, non liquet actori an reus furtum fecerit, qua de re non liquet nemo iurare compellitur. Sed hæc vera ratio non eſt, nec ea vtitur Iuriſconſultus. Vtitur quidem hac ratione paulò ante in alia ſpecie. Sed in hac ſpecie, ea non vtitur, ſed hanc rationem aſsignat, ideò referre iuramentum non poteſt, quia prætor in edicto ſuo id non permiſit, vt hæc ratio intelligatur ſciendum eſt, quod iuſiurandum quod in actionibus ex contractu vel quaſi deſcendentibus defertur pro compendio litium, moribus eſt receptum ſiue in vſum venit, *l. 1. de iureiurand.* Et prætor hoc iuſiurandum ſuo edicto poſtea probauit, idque iuſiurandum referri poteſt. At in actionibus ex maleficio deſcendentibus, qualis eſt furti, rerum amotarum, iuſiurandum moribus non eſt receptum nec in vſum venit. Sed iuſiurandum nominatim lege ſiue edicto permiſſum fuit. Non fuit permiſſum lege iuſiurandum referre, idq; referri non poteſt. Sic lege Cornelia de iniurijs permittitur actori iuſiurandum deferre. *l. 5. §. hac lege, de iniurijs. l. non ſolum. §. proinde, eod.* De relatione non fit in ea l. mentio, & ob id non videtur permiſſum, iuſiurandum ſuper iniurijs referre.

ALIVD.

In l. vltim. C. de fideicommiſs. dicitur quod iuſiurandū, quod fideicommiſſarius defert heredi, referri non poſsit, atq; ita multi cenſent, Sed malè: l. illa non negat referri poſſe iuſiurandum,

ſed

ſed negat recuſari poſſe. Et aliud eſt iuſiurandum referre, aliud longè iuſiurandum recuſare. Et cum lex non negat iuſiurandum illud referri poſſe, de eo idem dicemus quod de alio quocunque iuramento quod defertur. Idem reſpondendum eſt, ad l. ſcimus. §. licentia. C. de iure deliberand. in quo diſponitur quod creditores, legatarij vel fideicommiſſarij heredi iuramentum deferre poſsint. Cum enim ibi non negetur heredem iuramentum referre poſſe, idem de herede quod de alijs ſentiendum eſt.

A L I V D.

In l. ſi patronus, de iureiurand. Liberta detulit patrono iuſiurandum. Et Iuriſconſultus dicit, libertum non compelli iurare. Ergò iuramentum impunè recuſatur. R. Ibi maritus non compellitur iurare, nec iuſiurandum referre, quia iudicium non potuit conſtare inter libertam & patronum, propterea quod liberta egit rerum amotarum iudicio, conſtante matrimonio, quod eſſe non poteſt. *l. 1. rerum amotar.* Et ſic Dd. ex l. illa notant quod non compellatur iurare, nec iuſiurandum referre, neque ſoluere, qui tutus eſt exceptione, litis ingreſſum impediente. Ratio eſt iuramento debent decidi. Hic non poteſt eſſe lis obſtante exceptione &c.

A L I V D.

Actus agentium non debent operari vltra eorum intentionem *l. non omnis de rebus credit.* ſed eius qui defert iuramentum, intentio eſt vt aduerſarius iuret, non vt referat. Ergò iuramentum referri non poteſt. R. Neganda eſt minor.

XVII. Propoſitio.

Si abeſt cui iuramentum defertur, vt quia per procuratorem litigat, iudex pro locorum interuallo certum præfiniet tempus, intra quod in iudicium venire & iuramentum ſuſcipere vel referre debeat. Nec enim hoc iure iuramentum per procuratorem præſtatur, licet ex Pontificum decretis per procuratorem iurari poſſit.

Ad

XVIII.

Ad perſonas tamen egregias, eoſque qui valetudine impediuntur, domum mittitur ad iurandum.

XIX.

Et poſſunt hæ perſonæ præſtare vel referre vel recuſare iuramentum etiam μονομερῶς.

ARGVMENTVM. I.

Dicimus iuramentum per procuratorem non præſtari. Videtur obſtare l. iuſiurandum & ad pecunias. §. procurator, de iureiurand. Ibi dicitur quod procurator non compellatur iurare nec defenſor. Iis verbis videtur ſignificari, quod inuitus procurator non compellatur iurare. Ergò volens procurator ad iurandum admitti poteſt. R. Cum dicimus iuramentum per procuratorem hoc iure non præſtari, ita hoc intelligi volumus, vt is cum quo lis eſt, & cui iuramentum defertur, parte aduerſa, quæ iuramentum detulit, inuita non poſsit per procuratorem iurare. Aliàs autem, ſi pars aduerſa, quæ iuramentum detulit, non refragetur & procurator mandatum ad iurandum habens, iurare velit, procurator ad iurandum admittitur *l. nam poſteaquam. §. iuſiurandum, de iureiurand. atq; ita in terminis à Bartolo traditum eſt in l. qui bona. §. ſi alieno, de damno infect.* Inuitus procurator iurare non compellitur. Hodiè ex Pontificum decretis etiam parte aduerſa inuita, per procuratorem iurare volentem, iuramentum rectè præſtatur.

ALIVD.

In l. qui bona. §. ſi alieno, de damno infect. & in l. 2. §. ſi autem. C. de iurament. propter calum. dand. procurator præſtat iuramentum calumniæ, & quidem etiam parte aduerſa nolente. Ergo iuramentum per procuratorem præſtari poteſt. R. Nos loquimur de iuramento litis deciſiuo, id non præſtatur per procuratorem, parte aduerſa inuita. Leges in contrarium allatæ loquuntur de iuramento legitimo, quod à lege imponitur.

Digitized by Google

ALIVD.

Dicimus iuramentum præſtari μονομερῶς id eſt, altera parte abſente, ex l. & generaliter. C. de rebus credit. Contra, ſententia non fertur vna tantum parte præſente. Ergò nec iuramentum præſtatur parte altera non præſente. R. Aliud eſt in ſententia aliud in iuramento.

Teſtium productio non ſit μονομερῶς niſi altera pars abſit per contumaciam *l. penult. C. de teſtibus* quod & in omnibus actis iudiciorum locum habet. *Cuiacius in Nouella 90.*

XX. Propoſitio.

Qui iuſiurandum iudiciale ſuſcipit, ab eo qui defert iuramentum exigere poteſt, vt prior de calumnia iuret, & hoc iuſiurandum de calumnia neq; patrono, neq; parentibus remittitur.

XXI.

Qui refert iuſiurandum, de calumnia iurare non cogitur: quia non eſt ferendus actor, ſi nomine conditionis, quam ipſo detulit, de calumnia velit ſibi iurari

ARGVMENTVM. I.

Dicimus eum qui ſuſcipit iuramentum exigere poſſe à deferente iuramentum calumniæ. Iuramentum calumniæ initio litis præſtatur, & initio litis vtraque pars iurat ſe non calumniandi animo litem conteſtari, & ex Nouella conſtitutione 50. hoc amplius vtraque pars iurat ſe differendi negotij cauſa, probationes ab aduerſario non petiturum, quod dicitur iuramentum dilationis. Igitur videtur dicendum cum initio litis de calumnia ſit iuratum & hoc amplius præſtitũ iuramentum dilationis, quod ſuſcipiens iuramentum, à deferente non poſsit exigere iuramentum calumniæ, *atq; ita Baldo, Paulo de Caſtro & alys viſum eſt, vt refert Rimnaldus in l. nam poſteaquam §. ſi minor. num. 3. de tutelur.* R. Iuramentum hoc, quod ſuſcipiens defert deferenti, eſt diuerſum & ſeparatum à iuramento calumniæ quod initio litis præſtatur, & à iuramento dilationis, ideoq; præſtandum eſt, prioribus iuramentis non obſtantibus.

A LI-

ALIVD.

Dicimus iuramentum Calumniæ, patrono non remitti, nec parenti. Obſtat l. de die. §. iubetur iurare, qui ſatiſdare cogantur & l. qui bona. §. ſi alieno, de damno infect. Ibi dicitur iuramentum Calumniæ remitti patrono & parentibus. R. Nos hic loquimur de iuramento calumniæ, quod exigitur ab eo qui iuramentum defert. In ll. in contrarium adductis agitur de iuramento calumniæ quod legitimum eſt, hoc eſt à lege defertur. Et huiuſmodi iuramenta calumniæ quæ à lege deferuntur multa ſunt. Nam qui poſtulat vt ſibi theſaurum ſuum, qui eſt in alieno fundo effodere liceat, iurat ſe id non poſtulare calumniæ cauſa, *l. 15. ad exhib.* Et qui poſtulat ſibi copiam fieri inſpiciendarum & deſcribendarum tabularum teſtamenti, iurat de calumnia, *l. penult. C. quemadmodum teſtam. aper.* Et qui probationes petit, veluti teſtes & inſtrumenta, vel qui ſeruos in quæſtionem, iurat de calumnia *l. 1. C. de iureiurand. propter calumn. dand. l. vltim. C. de queſtion.* Et qui petit comparationem literarum fieri iurat de calumnia. *Nouell. 73.* Et qui ſatiſdandi cauſa in municipium euocat, iurat de calumnia *d. l. de die. §. iubetur, qui ſatiſdar. cogantur.* Et qui nouum opus nunciat *l. de pupillo. §. qui opus, de noui oper. nunciation.* Et qui petit inſtrumentum exhiberi quod falſum dicat, etſi fides eius approbata iam ſemel iudici fuerit *l. vltim. C. de fide inſtrumentor.* Et qui poſtulat ſibi edi rationes argentariæ *l. 6. §. exigitur l. quadam. §. vltim. de edend.* vel caueri ſibi damni infecti, *l. qui bona, de damno infect.*

ALIVD.

In l. ſi patronus, de iureiurand. dicitur quod patronus de calumnia non cogitur iurare. R. Patronus cogitur de calumnia iurare, ſi inter libertum libertamúe & patronum iudicium conſiſtat, & ita nos hic loquimur. At ſecus quando inter libertum & patronum, iudicium non conſiſtit *vt in d. l. ſi patronus, de iureiurand. Ibi iudicium inter libertam & patronum nullum eſt, quia patronus libertam vxorem habuit.* Et quamdiu matrimonium conſtat, rerum amotarum iudicio non agitur *l. 1. & tot. tit. rerum amotar.*

Digitized by Google

XXII. Propoſitio.

Iuramentum ſuſceptum, deferens quoque remittere poteſt.

XXIII.

Sed id de voluntario & iudiciali iuramento intelligendum eſt, non de neceſſario, quod iudex remittere non poteſt.

XXIV.

Ac remittit iuramentum, qui iniurato credit, & deferente ſe, cum paratus eſſet, aduerſarius iurare, gratiam ei facit, contentus voluntate ſuſcepti iuriſiurandi.

XXV.

Actori iuranti, aut ſi ei remiſſum fuerit iuramentum, vel vetus actio, vel iudicati directa, vel ad ſimilitudinem iudicati in factum actio, pro diuerſitate ſpecierum iuramenti datur.

XXVI.

Reo iuranti, aut ſi ei remiſſum fuerit iuramentum, vel exceptio pacti, vel iuriſiurandi directa, vel etiam ea, quæ ad exemplum exceptionis rei iudicatæ comparata eſt, & quaſi iudicati, exceptio eſt, competit.

EXPLICATIO.

Difficilis eſt quæſtio de actione ei competente, qui iurauit. Interdum abſolutè dicitur actori qui iurauit actionem dari, nec exprimitur quæ & qualis illa ſit actio *vt videre licet in l. nam poſteaquam, de iureiurand. & alibi.* Interdum leges dicunt, ei qui iurauit, dari in factum actionem. *l. ſed ſi poſſeſſori, de iureiurand. l. actori. C. de rebus credit. & iureiur.* Quandoque Iuriſconſulti dicunt, iuranti vtilem actionem competere *d. l. ſed ſi poſſeſſori, de iureiurando l. ſi duo patroni, & l. quod ſi iurauit, eod. tit.* Denique legimus ei qui iurauit veterem actionem competere *in d. l. ſi duo patroni,* atque ita apparet hunc locum, quæ iuranti actio detur admodum

modum difficilem & obſcurum eſſe. Quod ad Interpp. attinet illi etiam diuerſimodè hac de re ſentiunt. Aliqui enim voluerunt ex quolibet iureiurando actionem dari, & ex ſententia quæ iuſiurandum ſequitur, nouam oriri actionem. Placentinus contrà putauit ex iureiurando neceſſario & iudiciali non naſci actionem, ſed ex voluntario tantum. Bartolus tradidit ex iureiurando voluntario & iudiciali naſci actionem, non ex neceſſario iureiurando, *vt apud Bartolum videre licet in l. nam poſteaquam, §. final. de iureiurand.* Rurſus cum quæritur quæ ſit actio ex iureiurando deſcendens, docent Interpp. videndum eſſe vtrum formiter ſit iuratum an informiter. Si informiter tunc erit actio vetus. Si formiter, iuranti dabitur noua actio, atque ita omnia ſunt difficultatibus plena difficilia & obſcura. Ego verò à præceptoribus meis, præſertim Domino Cuiacio ita edoctus ſum, vt cum quæritur quæ actio competat iuranti, dicamus diſtinguendum eſſe inter genera actionum. Si actor iurauit extra iudicium vetus actio competit. Idem dicimus ſi in iudicio iurauerit, iuramentum tamen ſententia iudicis ſubſecuta non eſt. Hoc caſu nulla eſt alia actio quàm vetus, quæ iureiurando fuit informata, ſicut pacto nudo actiones informari dicimus. Et de iureiurando voluntario, aut etiam iudiciali, quod ſententia iudicis ſubſecuta non eſt loquitur Iuriſconſultus in l. ſi duo patroni, de iureiurand. vbi tradit ei qui iurauit, veterem actionem dari qua experitur poſtquam iurauit. Non datur hoc caſu actio iudicati directa iuranti, quia ſententia iudicis nulla interuenit. Non etiam vtilis iudicati in factum ob eam ipſam rationem. Vt ſit directa vel vtilis actio iudicati, iudicis ſententiam intercedere oportet. Et hæc de voluntario & iudiciali iureiurando quod ſententia iudicis ſecuta non eſt.

Si poſtquam actor in iudicio iurauit, iuſiurandum ſententia iudicis ſequatur, tunc iuranti non datur actio iudicati directa. Hæc actio iudicati directa eſt ex ſententia quæ in inuitos datur. Hæc ſententia non datur in inuitos, ſed ad placitum litigatorum. *l. 6. C. de rebus creditor.* Ad petitionem litigatorum *vt dicitur in l. & generaliter. §. ſiue autem. C. de rebus cred.* Ex huiuſmodi igitur ſententia eſt actio iudicati vtilis, quæ in factum di-

 citur.

citur. Et ita accipienda ſunt illa loca quæ volunt iuranti vtilem actionem dari, aut ad ſimilitudinem iudicati in factum actionem dari. Ex iureiurando iudiciali datur actio iudicati directa. Nam id iuſiurandum vel ſententia imponit, vel poſtquam iuratum eſt, iudex ſententiam iureiurando conſentaneam dat. Sententia hæc non datur ad placitum litigatorum, ſed in inuitos.

ARGVMENTVM.

Iuſiurandum vim nouationis habet. Ergo vetus actio non competit. *Reſp.* Rectè intelligendum eſt, quomodo iuſiurandum dicatur habere vim nouandi. Habet vim nouandi, non quia tollit veterem actionem, ſed quia facit vt non amplius quæratur, vtrum ex veteri actione debeatur an non, ſed hoc tantum quæritur an iuratum ſit. Si conſtet iuratum eſſe, me vendidiſſe tibi centum fundum Tuſculanum, tunc ex empto poteſt aduerſus me agere, vt fundum tibi tradam, nec de eo quæritur amplius vtrum vendiderim tibi an non. Sic iuſiurandum habet vim tranſactionis. Hoc hanc ſententiam habet, ſicuti ſtatur tranſactioni, ita iurijurando ſtandum eſt, alio modo iuſiurandum vim tranſactionis non habet. Sic iuſiurandum habet vim rei iudicatæ. Hoc hunc ſenſum habet, ſicuti ſtatur rei iudicatæ, ita iurijurando ſtatur. Sic dicimus tranſactionem rei iudicatæ vim habere, id eſt, ſtandum eſſe tranſactioni vt rei iudicatæ.

DISPV-

DISPVTATIO
DE IN LITEM IVRANDO,
cuius propoſitiones publicè defendit
HENRICVS A GITTELDE,
Nobilis Brunouicenſis.

I. Propoſitio.

IVramentum in litem, eſt litis æſtimatio, quæ fit cum obteſtatione diuinâ.

II.

Per litem, rem intelligimus in iudicium deductam.

III.

Et eſt duplex iuſiurandum in litem. Aliud quo res æſtimatur arbitrio actoris. Aliud quo æſtimatur quanti ea fuit. Prius Interpp. affectionis, poſterius veritatis appellant.

ARGVMENTVM I.

Definitioni noſtræ aduerſari videtur l. eius rei, de rei vindicat. in qua, iuſiurandum in litem appellatur deciſio & tranſactio. Sic enim Iuriſconſultus inquit: tranſegiſſe cum eo & deciſiſſe videor eo pretio, quod ipſe conſtituit. Iuſiurandum igitur in litem, non eſt litis æſtimatio. R. Iuſiurandum in litem eſt litis æſtimatio, *vt probat d. l. eius rei.* Hæc autem litis æſtimatio, fit voluntate rei, rem non reſtituentis vel non exhibentis. Reus enim, qui rem non reſtituit, aut non exhibet, æſtimationem, quam actor facit mauult præſtare, quàm rem reſtituere vel exhibere, ſicque tranſigere & decidere cum actore videtur eo precio, quod ipſe conſtituit, *d. l. eius rei, de rei vindicat.*

A. L. I.

ALIVD.

Obſtat rurſus l. ſi pro fundo. C. de tranſaction. in qua ab Imperatoribus eſt reſcriptum. Eum nihil petere poſſe, cui res, ob quarum quæſtionem litis intercesſit deciſio, à fiſco vel alio ablatæ ſunt. Idem traditum de reo, aduerſus quem in litem iuratum eſt, eum litis æſtimatione præſtita, & re poſtea euicta, nullas habere actiones per quas rem euictam petere poſsit, *l. is qui dolo fecit, de rei vindication.* Videtur ergò adhuc dicendum, iuſiurandum in litem eſſe tranſactionem & litis deciſionem. R. In eo conueniunt tranſactio & iuſiurandum in litem, quod re euicta, tranſigens & reus, qui litis æſtimationem præſtitit, nihil petere poſſunt. Qui tranſegit nihil petit re euicta, quia id inter tranſigentes actum videtur. Similiter reus, qui litis æſtimationem præſtitit actori in litem iuranti, re euicta, nihil petit, vt dolus ipſius hoc quoque nomine puniatur *d. l. is qui dolo fecit, de rei vindicat.* Cæterum quamuis in hoc tranſactio & iuſiurandum in litem conueniunt: tamen inde non rectè colligitur, iuſiurandum in litem eſſe tranſactionem ſiue deciſionem litis. Quæ in vno tertio conueniunt, non propterea inter ſe conueniunt.

ALIVD.

Rurſus contra definitionem iuriſiurandi in litem, ita inſtare quis poſſet. Tranſactio eſt litis æſtimatio, quia fit aliquo dato, retento vel promiſſo *l. tranſactio. C. de tranſaction.* Eaque litis æſtimatio fit mediante iuramento *l. ſi quis maior. C. de tranſact.* Inde ergo ſequitur iuſiurandum in litem eſſe tranſactionem & litis deciſionem. Quæ enim definitionibus conueniunt, inter ſe conueniunt. R. Tranſactio fit quidem aliquo dato, retento vel promiſſo, ſed illa datio retentio vel promiſsio, non eſt litis æſtimatio. Nec enim res, de qua lis eſt, & tranſigitur, æſtimatur vero pretio, vel etiam pretio immenſo, ſed ob dubium & incertum litis euentum, alter tranſigentium alteri aliquid dat vel promittit, vel alter tranſigentium aliquid retinet. *l. 1. de tranſact. l. quod debetur, de pecul.* & ideò ſi poſtea inſtrumenta proferantur, ex quibus conſtare poſsit, tranſigentem grauiter læſum fuiſſe, non idcircò lis reſuſcitatur, *l. Lucius. §. final. ad Trebellian.* Imò qui

qui tranſegit, dicere non poteſt, ſe læſum eſſe, cum incertum remiſerit, *argum. l. de fideicommiſſo. C. de tranſaction. l. 1. C. de pact. l ſi ea lege. C. de vſur.* Deinde datio, retentio aut promiſsio quæ in tranſactione intercedit, non fit mediante iuramento, ſed tranſactio iuramento confirmatur, *d. l. ſi quis maior. C. de tranſact.* Inde relinquitur definitionem iuramenti in litem ſuprà traditam, tranſactioni non conuenire, nec iuramentum in litem, tranſactionem eſſe aut litis deciſionem.

ALIVD.

Iterum videtur obſtare, quod iuſiurandum dicitur maximum remedium expediendarum litium *l. 1. de iureiurand.* ac tranſactioni & rei iudicatæ comparatur *l. 2. de iureiurand. l. poſt rem iudicatam, de re iudicata l. 1. in princip. quarum rerum actio non datur* Ergò iuſiurandum non eſt litis æſtimatio, ſed potius definitio litis R. Leges in contrarium allatæ, loquuntur de iureiurando litis deciſiuo. Nos de iureiurando in litem quo res ſiue lis æſtimatur.

ALIVD.

Rurſus iuramentum in litem videtur malè definiri litis æſtimatio, cum iurans litem non æſtimet ſed iudex. Sic enim in l. 4. §. fin. h. t. n. ſcriptum eſt, æſtimationem à iudice faciendam eſſe. Et in l. 5. h. t. n. dicitur, culpam iudicem æſtimare, *quod etiam traditum eſt in l. ſemper. §. hoc interdicto. quod vi aut clam.* Sed dicendum eſt, omne iuramentum in litem litis æſtimationem continere. Verum quia iudex interdum permittit actori delato iureiurando in litem, vt litem pro ſuo arbitrio æſtimet, interdum hoc ipſi, delato iureiurando in litem non concedit, ſed permittit duntaxat, vt litem æſtimet, quanti ea ſit, præſcripta etiam certa quantitate, quam ipſe litem non excedere putat, idcirco hoc poſteriori caſu iudex æſtimare litem dicitur, quam tamen actor ſuo iureiurando æſtimauit. Ita Iuriſconſultus ſeipſum explicat, in d. l. 5. h. t. n. in fine. Pone, debes mihi Stichum, & cum moram faceres in dando Sticho, mortuus eſt Stichus. Mortuo Sticho non liberaris, ſed in æſtimationem Stichi teneris *l. quod te, de rebus credit. l. ſi ex legati. de verbor. obligation.* Peto ergò à te Stichi æſtimationem. Hoc caſu iudex non poteſt æſti-

mare Stichum, qui non extat. Defert ergò mihi iuſiurandum in litem, vt iurem, me Stichum æſtimare 20. aureis. Me iurante, in 20. aureos te condemnat. Ecce hic ego meo iureiurando litem æſtimaui. Iudex tamen dicitur æſtimationem feciſſe, quia non permiſit mihi vt pro meo arbitrio litem æſtimarē. Et quamuis iudex etiam in ijs caſibus quibus ob dolum vel contumaciam rei, res non reſtituitur vel non exhibetur, modum iurijurando ſtatuere poteſt, vt intra certam quantitatem iuretur, ne arrepta occaſione in immenſum iuretur, *d. l. 4. §. ſed an iudex h. t. n.* tamen nihilominus actor pro arbitrio ſuo litem æſtimare dicitur, quia non ſolum veram litis æſtimationem conſequitur, ſed propter dolum aut contumaciam rei conſequitur aliquid amplius, & propterea hiſce caſibus iudex non dicitur facere æſtimationem litis, ſed actor.

ALIVD.

Deniq; contra definitionem noſtram ita argumentatur Hotomannus. Rei æſtimatio ſignificat verum rei pretium *l. tutor h. t. l. 1. de action. empt.* Sed per iuſiurandum in litem non ſtatuitur verum rei pretium, quia actor in infinitum iurare poteſt, *l. 4. §. iurare h. t.* Ergò iuſiurandum in litem non eſt rei æſtimatio. R. Hic ad maiorem reſpondendum eſt. Rei æſtimationem plerumque ſignificare verum rei pretium. At interdum ſignificat pretium etiam iniuſtum & inmenſum, vt cum propter dolum vel contumaciam aduerſarij res non reſtituitur, ſed æſtimatur, tunc æſtimatio verum rei pretium egreditur, *l. non eſt æquum, de act. rer. amotar. l. nec quaſi, de rei vindicat.*

ALIVD.

Non obſtat tertiæ propoſitioni, quod ll. quæ de iureiurando in litem loquuntur, nuſquam affectionis mentionem faciunt. Inde non rectè colligitur, iuramentum in litem affectionis, nullum eſſe. Etenim manifeſtum eſt, hæc verba, iuramentum in litem affectionis & veritatis, noua quidem eſſe verba, ab Interpretib. noſtris docendi gratiâ conficta, res tamen ipſas, quæ nouis iſtis appellationibus ſignificantur, in iure inueniri. Vt cum in l. 1. h. t. n. dicitur, rem æſtimari per iuſiurandum in litem vltra rei pretium hoc vi ipſa dicitur, ex affectu iurantis rem pluris æſtimari, quàm

res

res ipſa valeat. Similiter cum in d.l.tutor, h.t.n. ICtus dicit arbitrio domini, rei pretium eſſe ſtatuendum, hoc dicit, pretium eſſe ſtatuendum pro voluntate pro arbitrio, pro affectione domini. Sic cùm dicitur, in infinitum licere iurare. *l. 4. §. iurare autem, h.t.n. l. qui reſtituere, de rei vindicat.* nihil aliud dicitur, quàm actori, cui ob dolum vel contumaciam rei, res non reſtituitur vel non exhibetur, permiſſum eſſe, vt pro animi ſui affectione rem æſtimare poſsit precio etiam immenſo Licet igitur ICti de iureiurando in litem loquentes, affectionis nomine non vtantur: tamen inde inferendum non eſt, nullum eſſe affectionis iuramentum, cum videamus Iuriſconſultos alijs vti verbis, quibus idem, quod affectionis verbo exprimitur, ſignificatur.

A L I V D.

Rurſus non obſtat, quod dicitur, in iure affectionis rationem non haberi. Precia enim rerum non ex affectione, vel vt alibi dicitur, non ex affectu nec vtilitate ſingulorum, ſed communiter fungi, *l. ſi ſeruum ad l. Aquil. l. pretia rerum. ad l. Falcidiam* & affectionem non æſtimari, *d. l. ſi ſeruum, ad l. Aquil.* & voluptatis vel affectionis æſtimationem non eſſe *l. final. de oper. ſeruor.* Patronum quoque propter affectionem vel oportunitatis, vel vicinitatis, vel cœli, rem iuſto precio venditam, reuocare non poſſe, *l. 1. §. & aliàs videamus, ſi quid in fraudem patroni &c.* Nec enim ex his & ſimilibus efficitur, nullum eſſe iuramentum in litem affectionis. Iuramentum ſiquidem in litem affectionis præſtatur, non propter ſolam affectionem, quam actor aduerſus rem à reo poſſeſſam habet, ſed propter dolum vel contumaciam rei, rem non reſtituentis vel non exhibentis, *l. 1. l. 2. §. fin. l. 5. § ſed in his omnibus, & d. l. tutor. h. t. n.* Dolus & contumacia rei faciunt, vt affectio in conſiderationem veniat, aliàs vbi dolus vel contumacia in re non reſtituenda, vel non exhibenda ceſſant, vt in ll. in contrarium allegatis, non habetur affectionis ratio.

A L I V D.

Nec obſtat d. l. ſeruũ, ad l. Aquil. in qua ſeruus filius meus naturalis, quẽ ego magno precio emptũ volebã, dolo malo fuit occiſus & occidẽs nihilominus actione l. Aquiliæ in verã ſerui æſtimationẽ tenetur, nulla affectionis ratione habita. Nã hoc ideo fit quod ibi

dolus interuenit in occidendo ſeruo, is dolus non operatur vt affectionis ratio habeatur. At aliud eſt, quando reus dolo malo rem non reſtituit vel non exhibet, quam reſtituere vel exhibere poſſet. Hic dolus facit, vt actor non pro ſuo arbitrio & pro affectione ſua poſsit æſtimare. Et quamuis delicta quæ ſunt in faciendo, grauiorem videantur mereri pœnam, quàm delicta, quæ in omittendo conſiſtunt, cum delicta, quæ in faciendo ſint grauiora delictis in omittendo, *latiſsimè Tiraquellus in tractat. de pœnis cauſa 44.* tamen non ſolum delicti grauitas, ſed etiam perſeuerantia animi in delinquendo inſpicienda eſt. Maior autem perſeuerantia animi in delinquendo in eo inuenitur, qui rem poſsidet, & illam contumaciter non vult reſtituere, vel dolo malo poſsidere deſinit, ne reſtituat, quàm ſit in eo, qui ſeruum occidit, & idcircò cum propter dolum vel contumaciam rei res non reſtituitur, vel non exhibetur, actori pro arbitrio & affectione ſua rem æſtimare permittitur, quod actori ſimiliter non conceditur, cum ſeruus ipſius dolo eſt occiſus, tunc enim veram ſerui æſtimationem duntaxat, conſequitur, *d. l. ſi ſeruum, ad l. Aquil.*

ALIVD.

Amplius non obſtat, quod in l. nummis, & in l. in inſtrumentis, h. t. n. dicitur, in litem iurari de eo, quod actoris intereſt, nummos ſibi ſua die redditos eſſe, vel inſtrumenta proferri. Ex eo enim non ſequitur, affectionis rationem in iurando nullam haberi. In d. l. nummis, actor iurat, quod ſua interfuit, nummos ſibi ſua die redditos eſſe, quia ſub pignore pecuniam debuit, quod quia depoſita pecunia ei abnegata eſt, diſtractum eſt In d. l. in inſtrumentis, actor inſtrumentis non exhibitis in litem iurat, quanti ſua intereſt ea proferri, quia actori non tam inſtrumenta cordi ſunt, quàm id quod inſtrumentis continetur, & ob id inſtrumenta non inſpiciuntur, nec adfectio, quam actor aduerſus inſtrumenta habet, conſideratur, ſed inſpicitur tantum quod actoris intereſt. Longè alia ratio eſt, quando actor rem meam tenet & poſsidet, illamque mihi per contumaciam non vult reſtituere, vel dolo malo deſinit poſsidere, ne reſtituat. Hoc caſu adfectio quam ego aduerſus rem meam habeo, meritò conſideratur, vt contumacia vel dolus non reſtituentis mihi rem meam puniatur, *d. l. tutor. h. t. n.* ALI-

Digitized by Google

ALIVD.

Non obſtat item, quod duo ſingularia videntur concurrere, ſi ad difficultatem probationis, propter quam iuſiurandum in litem defertur, accedat, adfectio quam actor aduerſus rem, quæ non reſtituitur vel non exhibetur, habet, quod iura non patiuntur *l. 1. C. de dotis promiſſ.* Primum enim non tam propter difficultatem probandi iuſiurandũ in litem adfectionis defertur, quàm propter contumaciam & dolum rei, rem non reſtituentis vel non exhibentis *d. l. tutor. h. t n.* Deinde falſum eſt, duo ſingularia circa idem non concurrere, nec vlla eſt lex, vllum Senatuſconſultum, aut Edictum, aut Iuriſconſultorum reſponſum, quo confirmari poſſet, duo ſpecialia ſiue ſingularia circa idem concurrere non poſſe, *vt Franciſcus Connanus lib. 8. Commentarior. iuris ciuilis, cap. 8. de dotis promiſſion. num. 5. affirmare non dubitauit.* Et in d. l. 1. C. de dotis promiſs. vt Interpp. exiſtimant, non fuit facta nudo pacto, ſed ideò non valet, quod mulier, quæ incertam dotem promiſit, vel minimum quid dotis nomine dare ſicque obligatione liberari poſsit, *ſicuti in explicatione tituli de pactis latius expoſitum eſt.* Nullius igitur momenti aut ponderis eſt, quod ad tollendum iuramentum in litem affectionis de duobus ſingularibus circa idem concurrentibus adfertur.

ALIVD.

Non obſtat quod communiter Interpp. iuramento in litem veritatis & affectionis addunt tertiam ſpeciem iuriſiurandi in litem, intereſſe ſingularis, quæ idcircò retinenda videbatur, quod traditum eſt communi opinioni eſſe inhærendum, *l. 1. & ibi Baldus de ſenator. l. 1. de offic. quæſtor. l. athletas in princ. de his qui not. infam.* cum ius faciat & pro iure habeatur, *l. Barbarius Philippus & ibi gloſ. in verbo reprobari, de offic. prætor. l. 3. & ibi Bartol. de ſuppell. legat. latè Anton. Gabr. Roman. lib. 1. concluſ. tit. de probation. concluſ. 8.* Etenim illa opinio licet communis ſit, tenenda non eſt, quæ in iure fundata non eſt, ſed firmis rationibus confundi poteſt *l. 1. §. ſed neq; C. de Vet. iur. enucl. vbi Iuſtinianus tradit, ex multitudine authorum, quod melius eſt & æquius iudicandum non eſſe, cum vnius deterioris ſententia, multos & meliores aliqua in parte poſſit ſuperare. & traditum eſt à Ioanne Andrea, Abbate, Felino, & Decio,*

in c.1.extra de conſtitut. Abbas in c prudentiam, in princip. extra de officio delegat. Alexander & Iaſon in l. cum prolatis, de re iudicat. eleganter Thomas Grammaticus conſ. 157.

ALIVD.

Denique non obſtat, quod id quod intereſt incertum eſt *l.5. de hered. vel actio. vendit. l.ſi pœnam 68. de Verbor. obligat.* & rei æſtimationi opponitur, *d.l.hac verba, de verbor ſignificat.* Vnde videbatur dicendum, id quod intereſt, per iuſiurandum in litem veritatis, æſtimari non poſſe. Nam licet id quod intereſt, incertum ſit, & à rei æſtimatione differat: tamen cum actori id quod ſua intereſt, non permittatur pro arbitrio ſuo & pro ſua affectione æſtimare, ſed hoc tantum illi concedatur, vt quod verè ſua intereſſe putauerit, iureiurando æſtimet idcirco id quod intereſt, rectè dicitur æſtimari per iuſiurandum in litem veritatis.

IV. Propoſitio.

Iuſiurandum autem in litem à ſolo iudice defertur, ſi alius detulerit iuſiurandum, vel eo non delato iuratum ſit, nulla erit religio nullum iuſiurandum.

ARGVMENTVM. I.

Dicimus iuſiurandum in litem, à ſolo iudice deferri. Obſtat l.5 de iureiurand.ibi dicitur, omne licitum iuſiurandum per quod voluit ſibi quis iurari, idoneum eſſe, & ſi ex eo fuerit iuratum, prætorem id ſeruare. Ex hac regula videtur dicendum, iuſiurandum in litem, à Reo quoque delatum, idoneum eſſe, & id eſſe à prætore ſeruandum. R. Regula propoſita in l. 5. de iureiurand. loquitur de iureiurando litis deciſiuo, quod à litigatore defertur aduerſario, & non extenditur illa regula ad iuſiurandum in litem.

ALIVD.

Iuſiurandum deſcendit ex conuentione ſiue pactione litigatorum *l.1.de iureiurand.* & propterea ſeruari debet aduerſus eum qui contentus, eo cum deferret, fuit *l. qui iuraſſe, de iureiurand.*

At

At iuſiurandum in litem, quod à Reo defertur actori, ex conuentione ſiue pactione deſcendit. Ergò ſeruari quoque debet aduerſus Reum. R. Iuſiurandum quod ex conuentione deſcendit, & interponitur ſuper re ad litigatorem omninò pertinente, ſeruari debet aduerſus eum qui contentus, eo cum deferret, fuit. Iuſiurandum autem in litem, non interponitur ſuper re ad litigatorem omninò pertinente, verum interponitur etiam ſuper re, ipſum etiam iudicem concernente. Adhibetur enim vt puniatur contumacia, non reſtituentis vel non exhibentis, quæ contumacia aduerſus iudicem committitur, cui iubenti non paretur.

ALIVD.

Iuriſconſultus in l. ſi conuenerit, de re iudicat. inquit, ſi conuenerit inter litigatores quid pronuncietur, non abs re erit, iudicem huiuſmodi ſententiam proferre. Ex hac regula videtur dicendum, iurijurando ſtandum eſſe, ſi reus actori iuſiurandum in litem detulerit, & actor iurauerit. R. Standum eſt iurijurando, ſi reus, poſtquam actor iurauit, velit iurijurando ſtari debere. Secus eſt, ſi Reus poſtquam iuratum eſt, iurijurando ſtare nolit. Et ſtatur iurijurando propter conuentionem magis, quàm iuſiurandum.

V. Propoſitio.

Ac defertur actori duntaxat, qui dominus litis eſt, & litem ſuo nomine conteſtatus eſt, non Reo.

VI.

Et neceſſe eſt actorem puberem eſſe, pupillus ſi impubes eſt, in litem iurare non poteſt.

ARGVMENTVM. I.

Procurator poſt litis conteſtationem, dominus efficitur litis, *l. procuratoribus l. nulla. C. de procurator.* At procurator non poteſt in litem iurare. Id traditum nuſquam eſt. Ergo actor qui dominus litis eſt, in litem non iurat. Reſpon. Hoc in 5. propoſitione non abſolutè dicimus, actorem dominum litis in litem iurare poſſe ſed addimus, ſi litem ſuo nomine conteſtatus ſit.

Procu-

Procurator autem qui alieno nomine agit, ſuo nomine litem non eſt conteſtatus.

ALIVD.

Procurator poſt litis conteſtationem in ea lite in cæteris rebus ſe pro domino gerit. Igitur & in litem iurabit. R. In cæteris rebus admittimus, in iureiurando in litem ſecus eſt, quia vulgò placuit eum tantum in litem iurare debere qui dominus eſt litis, & ſuo nomine litem conteſtatus eſt.

ALIVD.

In ſexta propoſitione dicimus, pupillum, ſi impubes eſt, in litem iurare non poſſe Pupillus omnis eſt impubes vt ex definitione pupilli conſtat *l. pupillus, de Verbor. ſignific.* Igitur fruſtra adijciuntur hæc verba, ſi impubes eſt. R. Pupillus interdum dicitur is qui pupillus fuit, quod fit, cum de re ad priorem tutelam pertinente agitur. Sic tutor dicitur agere & conueniri tutelæ nomine, finita tutela, quo tamen tempore tutor eſſe deſijt. Sic dos ſine matrimonio eſſe non poteſt, & tamen dos etiam dicitur ſoluto matrimonio *t. t. ff. ſolut. matr. quemad. dos petat.* Ne igitur existimemus, hic agi de eo pupillo, qui fuit pupillus, ideò ICtus adijcit hæc verba, ſi impubes eſt.

ALIVD.

Impubes poteſt de tota lite iurare *l. qui iuraſſe, de iureiurand.* Ergò etiam poteſt iurare in litem. R. Hæc diuerſa ſunt, & à diuerſis non ſequitur bona illatio. De tota lite rectè iurat impubes, quia aduerſarius impuberi iuſiurandum defert. In litem non iurat impubes, quia iuſiurandum in litem iudex defert.

ALIVD.

Pupillus proximus infantiæ & pubertati proximus ſibi acquirere poteſt, Id enim benignè eſt receptum. Per iuſiurandum in litem pupillus ſibi acquirit. Igitur videtur dicendum quod pupillus proximus infantiæ & pubertati proximus in litem iurare quoque poteſt. R. Pupillus proximus infantiæ & pubertati proximus ſibi acquirit, volente ſcilicet eo cum quo pupillus contrahit, vt ſi pupillus ſibi decem ſtipuletur à Titio, volente Titio, decem

cem acquirit. At iuſiurandum in litem defertur à iudice, inuito & nolente aduerſario. Ergò pupillus ſibi acquirere poteſt, in litem iurare non poteſt.

VII. Propoſitio.

Tutor quoque iurare non cogitur, nec mater pupilli ad iurandum admittitur, etſi parata eſſet iurare.

VIII.

Curatores quoque pupilli vel adoleſcentis non ſunt cogendi in litem iurare. Graue enim eſt, & ignorantes & inuitos tutores vel curatores ſub alieni compendij emolumento, etiam periurium anceps ſubire.

IX.

Si tamen tantam affectionem pupillo ſuo vel adoleſcenti tutores vel curatores præſtare volunt, auctoritas iuris non refragabitur, quin iudicio, quod inter ipſos acceptum eſt, finis eiuſmodi poſsit adhiberi: Non enim ad ſuam vtilitatem iuriſiurandi referenda eſt æſtimatio, ſed ad domini, cuius nomine tutelæ actio poſtulatur. Adoleſcens ſi velit iurare poteſt.

ARGVMENTVM I.

Dicimus tutores & curatores ſi velint, in litem iurare poſſe. Obſtat, quod tutores & curatores non ſunt domini litis. Igitur in litem non iurabunt. R. Tutores & Curatores reuera non ſunt domini litis. Iure tamen pro dominis habentur, cum tutelam & curam adminiſtrant, *l. tutor qui tutelam, de adminiſtrat. tutor. l. qui fundum,* §. *ſi tutor, pro emptor. l. interdum.* §. *qui tutelam, de furt.*

ALIVD.

Iureiurando in litem, æſtimatur vtilitas iurantis. At de vtilitate tutorum & curatorum non agitur, ſed pupilli vel adoleſcentis. Sequitur igitur tutores & curatores in litem iurare non poſſe. R. Huic obiectioni Iuriſconſultus ipſe occurrit, his verbis,

non enim ad ſuam vtilitatem iuriſiurandi referenda eſt æſtimatio, ſed ad domini, cuius nomine tutelæ ratio poſtulatur. His verbis negat tutores & curatores de ſua vtilitate iurare, idque probat, quia pupilli nomine tutelæ ratio poſtulatur.

A L I V D.

Tutores & curatores iurant de calumnia. *l. 2. §. quod obſeruari. C. de iureiurand. propter calumniam dand.* Ergo tutores & curatores iurant quoque in litem. R. De calumnia iurant, quia de ſua calumnia iurant, re ſibi comperta, in qua ideò periurium anceps metuere non poſſunt. In litem non iurant, quia de re aliena iurarent.

X. Propoſitio.

Iuſiurandum in litem quo res æſtimatur arbitrio actoris defertur in actionibus in rem, & in ad exhibendum, & in bonæ fidei iudicijs.

A R G V M E N T V M. I.

Dicimus in actione ad exhibendum in litem iurari. Contra ita argumentor. In litem iuratur, ne actor cogatur nullo pretio rem ſuam, hoc eſt, cuius eſt dominus vendere. Sed in actione ad exhibendum, actor non eſt dominus, nec dominum ſe dicit. *l. 3. ad exhibend.* Igitur in actione ad exhibendum in litem non iuratur. R. Res dicitur actoris eſſe, non tantum quæ dominij ſiue proprietatis iure ad actorem pertinet, verum etiam in qua actor ius quoddam habet dominio proximum, aut in qua habet ſeruitutem perſonalem, vel realem, vel quodcunque aliud ius. Et ſic in actione ad exhibendum, actor contendit rem ſibi exhiberi debere, propterea quod eius interſit rem exhiberi.

A L I V D.

Actio empti venditi, bonæfidei actio eſt *§ actionum autem, Inſtitut. de action.* Sed in actione empti venditi, in litem non iuratur. Ergo in bonæfidei actionibus in litem non iuratur. R. In bonæfidei actionibus quæ ſimiles ſunt actionibus in rem, hoc eſt in

quibus

Digitized by Google

quibus agitur de re reſtituenda, vt in actione depoſiti, commodati, locati, tutelæ, pignoratitia, de dote in litem iuratur. Sed in actionibus bonæfidei, in quibus agitur de re tradenda, vt in actione ex empto, in litem non iuratur.

ALIVD.

Actio depoſiti, eſt bonæfidei actio. Sed in actione depoſiti, in litem non iuratur, *l. ei apud quem, in princip. depoſit.* Ibi dicitur, ei apud quem depoſitum eſſe dicetur, contrarium iudicium depoſiti datur, in quo iudicio merito in litem non iuratur, non enim de fidei rupta agitur, ſed de indemnitate eius, qui depoſitum ſuſcepit. Igitur in bonæfidei actionibus in litem non iuratur. R. In bonæfide actionibus, in quibus agitur de re reſtituenda in litem iuratur, in directis ſcilicet actionibus, non in actionibus bonæfidei contrarijs.

ALIVD.

In actionibus bonæfidei, in quibus agitur de fide rupta, in litem iuratur *d. l. ei apud quem, depoſit.* Sed in actione ex empto, agitur de fide rupta, emptor enim dicit, fidem eſſe ruptam, & venditorem rem venditam ſibi non tradidiſſe. Ergo in actione ex empto, adhuc in litem iurabitur. R. Non ſatis eſt fidem eſſe ruptam, ſed hoc amplius etiam exigitur, vt de rei reſtitutione agatur, quod non fit in actione ex empto.

ALIVD.

Non tantum in actionibus in rem, & in ad exhibendum, & in bonæfidei iudicijs in litem iuratur, verum etiam in litem iuratur, in actione furti, *l. cum furti agitur, de in litem iurand* Ergò malè facimus, quod actionis furti nullam facimus mentionem. R. Verba ſunt generalia, ſed reſtrictionem accipiunt in præcedentibus: In præcedentibus autem actionibus agitur de re reſtituenda. Ergo &c. Deinde R. Nos in decima propoſitione loquimur de iureiurando quo res æſtimatur arbitrio actoris, de quo genere iuriſiurandi, non agitur in d. l. cum furti agitur, vt verba ipſa legis oſtendunt. Tertio, actio furti ſignificat ibi condictionem furtiuam, cum furti agitur, hoc eſt, cum agitur condictione furtiua, quæ actio eſt ſtricta, poſt rem ſcilicet furtiuam

Digitized by Google

extinctam & peremptam tunc iurari debet, rem tanti fuiſſe &c. *vt dicitur in d. l. cum furti agitur de iuretur.*

A L I V D.

Hæc verba, in bonæfidei iudicijs in litem iuratur, ſunt verba generalia, quæ omnia comprehendunt, quæ ſub ijs comprehendi poſſunt. Ergo videtur dicendum comprehendi quoque ſub his verbis generalibus actionem empti quæ bonæfidei eſt. R. Verba generalia] omnia comprehendunt quæ ſub ijs comprehendi poſſunt, ſi in omnibus eadem ſit ratio, non diuerſa. At in actione empti, quod ad iuſiurandum in litem attinet, non eſt eadem ratio, quæ eſt in cæteris bonæfidei actionibus, ſed ratio diuerſa. In cæteris actionibus bonæfidei agitur de re reſtituenda. In actione empti, non agitur de re reſtituenda, ſed de re tradenda. Hoc amplius vt in litem iuretur arbitrio actoris, neceſſe eſt vt res, quæ per actionem bonæfidei petitur vel dominij iure, vel quo alio, ad actorem ſpectet. Vt in depoſiti actione, itemque commodati, & ſimilibus actionibus, res quæ petitur, proprietatis ſiue dominij iure, ſiue quo alio, eſt actoris. At in actione empti, res ipſa quæ empta eſt, dominij iure, vel quo alio, emptoris non eſt, ſed venditor emptori actione perſonali duntaxat obligatus eſt, ideoque ſi venditor, rem ipſam venditam alij poſtea vendiderit, eique rem tradiderit, ſecundus emptor priori præfertur, & prior emptor aduerſus poſteriorem nullam actionem habet, per quam poſteriori, rem auferre poſsit. Imò ſi venditor primo vendens iurauerit alteri non vendere & poſtea nihilominus alteri vendiderit eique poſſeſsionem tradiderit, poſterior emptor prior erit iuramento non obſtante, *vt à Dd. noſtris traditum eſt.*

A L I V D.

In l. 3. §. in hac actione, Commodat. Iuriſconſultus inquit, in hac actione, ſicuti in cæteris bonæfidei iudicijs, ſimiliter in litem iuratur. Ergò in omnibus bonæfidei iudicijs in litem iuratur, & in conſequentiam etiam, in actione empti, quæ bonæfidei eſt. R. Cum dicitur in actione commodati in litem iurari & in cæteris bonæfidei iudicijs, hoc intelligendum eſt de cæteris bonæfidei iudicijs quæ ſimilia ſunt iudicio commodati. In commoda-

da-

Digitized by Google

dato, res quæ fuit commodata eſt actoris, in depoſito, res quæ fuit depoſita, ſimiliter eſt actoris, & ob id ſi res commodata aut depoſita non reſtituatur ob dolum vel contumaciam rei conuenti, in litem iuratur. In actione verò empti, res quæ ab emptore, actore petitur, ipſius emptoris non eſt, nec ius aliquod in re empta nondum ſibi tradita habet. Ergò hîc in litem non iuratur.

XI. Propoſitio.

Et quidem ob dolum vel contumaciam Rei rem non reſtituentis vel non exhibentis.

XII.

Vel etiam ob latam culpam quæ dolo proxima eſt.

ARGVMENTVM. I.

Ob latam culpam in litem iuratur aduerſus tutorem duntaxat *l. alio iure. C. de in litem iurand.* Ibi dicitur, alio iure eſſe tutorem, alio heredem tutoris, & contra heredem tutoris, iurari ob dolum. Ergo contra tutorem ipſum non ob dolum ſolum ſed etiam ob latam culpam in litem iuratur. Malè igitur nos generaliter dicimus, ob latam culpam in litem iurari, cum id ſpeciale ſit in actione tutelæ contra tutorem inſtituta. R. Interpp. quidem exiſtimant, latam culpam non ſufficere, vt in litem iuretur, præterquam contra tutorem, atque ita inter reliquos Interpp. Iohanni quoque Corraſio viſum eſt *per d. l. alio iure.* Cæterum hæc ſententia Interpp. vera non eſt, & longè alia eſt ſententia d. l. alio iure. C. de in litem iurand. quàm Interpp. exiſtimant. Sententia hæc eſt. Contra tutorem, ob ipſius dolum vel latam culpam in litem iurari poteſt. Contra heredem verò tutoris, de dolo vel lata culpa tutoris, in litem non iuratur, niſi lis cum tutore fuerit conteſtata, De dolo vel lata culpa propria ipſius heredis, contra heredem in litem iuratur, atque ita alio iure eſt tutor, alio heres tutoris.

ALIVD.

At contra ſolutionem ita inſtari poteſt. Heres tutoris, de dolo & lata culpa tutoris, tenetur in ſolidum, *l. ex depoſiti, l. ex contractibus, de obligation. & action. l. vltim. de fideiuſſor. tutor.* Ergo

Contra heredem tutoris,de dolo ipſius tutoris in litem iurari poteſt. R. Heres de dolo tutoris in ſolidum tenetur, at contra heredem tutoris, ob dolum tutoris in litem non iuratur. Intelligitur hoc ex eo, quod lite demum cum tutore conteſtata, contra heredem in litem iuratur,ob dolum ipſius tutoris. Ergo lite cum defuncto non conteſtata, contra heredem ipſius, ob dolum defuncti in litem non iuratur. Ac grauius eſt in litem iurare contra heredem, quàm heredem teneri ob dolum defuncti in ſolidum.

ALIVD.

Communi Interpp. opinioni ſtandum eſt. Sed hæc eſt communis opinio Interpp. quod contra heredem tutoris ob dolum tutoris in litem iurari poteſt,non ob latam culpam tutoris. *l.alio iure,C. de in litem iurand.* Ergo huic opinioni eſt ſtandum. R. Standum eſt communi opinioni Interpp.ſi legem contrariam aut textum contrarium non habeat. At opinioni Interpp. aduerſatur d. l. alio iure.C. de in litem iurand. quæ in prima parte de dolo tutoris loquitur, in ſecunda de dolo proprio heredis, in tertia parte, de lite cum defuncto conteſtata. Et contra heredem tutoris in litem iuratur,non ob dolum ipſius tutoris, ſed ob dolum heredis proprium. Oſtendunt hæc clare verba textus, quæ ita ſonant. Heres tutoris cogitur admittere aduerſum ſe iuſiurandum, ſi reperta in hereditate dolo malo non exhibeat. Ob dolum igitur heredis proprium, contra heredem in litem iuratur. Sic contra heredem tutoris in litem iuratur ob latam culpam ipſius heredis *l. 2. C.de in litem iurand.* ex quo perſpicitur, verum non eſſe quod dicunt Interpp. ſingulare eſſe in actione tutelæ vt contra tutorem ob culpam latam in litem iuretur.

ALIVD.

Contra tutorem in litem iuratur, ob leuem culpam tutoris *d. l. alio iure, C. de in litem iurand.* Ergò malè dicimus, ob dolum & latam culpam, in litem tantum iurari. Antecedens probatur *per d. l. alio iure*, vbi heres dicitur eſſe alio iure, alio tutor. Aduerſus heredem ob dolum in litem iuratur, itemque latam culpam quæ dolo proxima eſt. Ergò ob leuem culpam

pam

Digitized by Google

pam iuratur contra tutorem ipſum, quia alio iure eſt tutor, alio heres ipſius. Reſp. Repetenda hîc ſunt quæ ſuprà dixi, de vera d. l. alio iure, ſententia.

A L I V D.

Dicimus in litem iurari, ob dolum vel contumaciam Rei, rem non reſtituentis, vel non exhibentis. Imò in litem quoque iuratur ob dolum eius qui fecit quo minus quid daretur aut fieret *l. penultim. §. 1. ne quis eum qui in ius vocatur vi eximat.* Species facti hæc eſt. Debes mihi Stichum, non das. Ego te in ius voco. Sempronius te in ius vocatum vi eximit, & interim moritur Stichus. Hoc caſu Sempronius, qui te in ius vocatum vi exemit, non tenetur in veram æſtimationem ſerui, ſed in eam æſtimationem quam ego pro meo arbitrio feci per iuſiurandum in litem. Reſpon. Cum Petro antiquo gloſſatore & cum Fulgoſio ac Corraſio, in d. l. penultim. non agitur de iureiurando in litem, ſed de æſtimatione Rei, quam actor in libello fecit. Actoris petitio conſideratur, non id quod verè debetur. Et hæc eſt pœna quam lex ibi ſtatuit in eum, qui in ius vocatum vi eximit, vt ſcilicet æſtimationem præſtare cogatur, quam actor in libello complexus eſt. Hanc eſſe ſententiam eius legis primum verba ipſa clarè oſtendunt. Deinde id intelligitur ex eo, quod etiam calumniator, ſiue is qui per calumniam aliquem in ius vocauit, non veram æſtimationem conſequitur, ſed eam quam ipſe fecit. At calumniatori iuſiurandum in litem non defertur.

A L I V D.

In l. in actionibus, h. t. & in l. arbitrio, de dolo mal. ICtus doli tantum facit mentionem non latæ culpæ. Ergo propter latam culpam in litem non iuratur. R. Lata culpa quæ & latior vocatur, *l. quod Nerua, deposit.* & grauior culpa, *l. liber homo, §. 1. de acquir. rer. domin.* lata negligentia *l. tutor qui repertorium. §. competit, de administrat. tutor.* & diſſoluta ignorantia *l. cum ſex menſes, de ædilit. edict.* ab omni contractu abeſſe debet, ſicuti & dolus, & vtrumque æquè punitur *d. l. quod Nerua, deposit.*

Itaque

Itaque cum dolum Iuriſconſulti nominant, latam etiam culpam intelligunt.

ALIVD.

In pœnalibus, lex dolum exprimens, culpam non comprehendit, licet ciuiliter agatur. *l. 1. in princip. iuncto. §. ſi quis ideo, ne vis fiat ei l. 2. §. hac actione. §. ſi Iulianus, vi bonor. raptor.* At hic agitur de pœna reo inferenda, quia vt puniatur rei contumacia, ſtatur iuramento actoris. Ergò doli appellatione, non venit lata culpa. R. in §. ſi quis ideò, agitur de leui culpa non lata, quia dicitur, non videri in dolo quantum ad pœnam eius edicti de dolo loquentis, qui rem ſibi obnoxiam aut ſuam putauit, cum non ignoraret ille, quod omnes intelligebant, ſed quod ipſe ſcire debebat. Notentur hæc poſtrema verba quæ leuem culpam innuunt. Sic non erat lata culpa in §. hac actione cum quis rem propriam rapuit. Illis enim poterat duntaxat conſiderari iuris error in eo qui ſcire debebat, rem ab altero poſſeſſam, non vi, rapiendam, ſed per iudicem repetendam. Iuris enim error latæ culpæ non adſcribitur, nec ego, inquit. Corraſius, in æternum adſcribam. In §. ſi publicanus non poteſt conſiderari lata culpa, errabat namque illuc publicanus duntaxat exiſtimans, nonnihil contra legem vectigalis factum fuiſſe. In c. 2. extra de conſtitut. qui percuſsit Clericum ignoranter, dicitur eſſe in lata culpa. Imo hoc negatur, quia non poſſumus ſcire omnium hominum qualitates. *Hæc omnia Corraſius.*

XIII. Propoſitio.

Et actor delato ſibi iureiurando, in infinitum iurare poteſt.

XIV.

Niſi iudex iurijurando certum modum ſtatuerit, vt intra certam quantitatem iuretur, ne arrepta occaſione in infinitum iuretur.

XV.

Et præſtito iureiurando, iudex iuſiurandum ſequitur,

Digitized by Google

tur,& Reum qui rem poſſidet,aut dolo vel lata culpa poſſidere deſijt, tanti condemnat quanti actor iureiurando litem æſtimauerit.

ARGVMENTVM. I.

Dicimus actorem delato ſibi iureiurando, in infinitum iurare poſſe. Contra litis æſtimatio eſt venditio vt in 16. propoſitione dicimus. At pretio immenſo & infinito rem non licet vendere. Imo æſtimatio quæ fit pretio iniuſto, non efficit venditionem, *vt à Baldo, Salyceto, Iaſone, Decio & alijs traditum eſt in l. ex conuentione. C. de pact. Didac. Couarruu. in pract. quæſt. c. 28.* Ergo in infinitum & in immenſum non licet iurare. R. Primum ad maiorem. Litis æſtimatio eſt venditio, coacta & inuita. Nunc ad minorem. Precio immenſo non licet vendere quando venditio eſt voluntaria. Deinde propter dolum & contumaciam non reſtituentis vel non exhibentis permittitur rem precio immenſo vendere.

ALIVD.

Etiam cum venditio eſt coacta, cogitur venditor rem iuſto precio vendere. *§. ſed & maior aſperitas, Inſtitut. de his qui ſunt ſui vel alien. iur.* Ergo immenſo precio non licet rem æſtimare, aut in infinitum iurare. R. Antecedens verum eſt,cum ex parte emptoris dolus non intercedit aut lata culpa, quæ dolo proxima eſt, vel etiam contumacia emptoris, quod in noſtro propoſito fit, vbi emptor propter dolum ſuum aut latam culpam vel contumaciam ſuam venditorem cogit vt rem vendat. Hic pretio iniuſto, iniquo, immenſo, res vendi poteſt. Aliàs ſecus eſt, cum venditor inuitus quidem vendit ſed illud quod cogitur vendere, non cauſatur ex dolo, lata culpa vel contumacia emptoris,tunc qui inuitus vendit, vero & iuſto precio vendere cogitur.

ALIVD.

Iuſtinianus in l.vnic. C. de ſentent. quæ pro eo quod intereſt profer. conſtituit, ne in caſibus certis, id quod intereſt, dupli quantitatem excedat. Ergò malè nos dicimus licere in infinitum iurare. R. l. vnica, C. de ſentent. &c. duas habet partes. In

priori, Iuſtinianus agit de caſibus certis. In poſteriori de caſibus incertis. In caſibus certis, hoc eſt ijs caſibus quibus agitur de re certa vel certa ſumma, vt in emptionibus venditionibus, locationibus, conductionibus, & omnibus contractibus, Iuſtinianus conſtituit, id quod intereſt, dupli quantitatem non debere excedere. Quod ad caſus incertos attinet, duo Iuſtinianus dat præcepta. Primum vt in id tantum quod intereſt, condemnationem faciat iudex. Alterum, ne varijs partium allegationibus quibus ſua intereſſe affingunt, animum attendat. Hæc breuiter eſt ſententia d. l. vnic. C. de ſentent. quæ pro eo &c. Ex eo autem quod Iuſtinianus ibi vult, id quod intereſt duplum non debere excedere, non rectè colligitur actorem ob dolum vel contumaciam Rei, in infinitum iurare non poſſe. Bartol. quidem in d. l. vnic. Angelus, Alexand & Iaſon in l. videmus de in litem iurand. cenſuerunt, nec iuramentum, nec taxationem quæ iuramentum ſequitur vel præcedit, duplum eius quod intereſt, excedere debere, ſicque exiſtimârunt omnia iura quæ permittunt in infinitum iurare, hodie correcta eſſe per d. l. vnic. quod nouiſſimè etiam Decius probauit. Sed hac in re Bartolo & alijs fides adhibenda non eſt. Nam quod Iuſtinianus in d. l. vnic conſtituit, id quod intereſt, duplum non debere excedere, hoc nouiter à Iuſtiniano conſtitutum non eſt, ſed ante Iuſtinianum quoque obtinuit ICtorum temporibus, *vt conſtat ex l. cum & fortè, de action. empt. vbi dicitur venditorem non debere ſubire periculum, vltra duplum.* Temporibus autem Iuriſconſultorum in infinitum licuit iurare. Ergo certum eſt per l. vnic. non corrigi iura quæ dicunt in infinitum iurare poſſe. Deinde iuſiurandum in litem defertur propter dolum & contumaciam Rei rem non reſtituentis &c. Et cum per dolum vel fraudem res venditur, tenetur venditor vltra duplum etiam in immenſam quantitatem, *l. idq; Iulianum agitaſſe, de actionibus empti.*

XVI. Propoſitio.

Idque æquiſſimum eſt. Cum enim actor rem ſuam cogatur vendere, non eſt æquum, vt ſuo, hoc eſt, vero & iuſto precio rem vendat, ne in poteſtate cuiuſque

Digitized by Google

ſit, per rapinam ab inuito domino, rem iuſto precio comparare.

XVII.

Poteſt tamen iudex qui detulit iuſiurandum id non ſequi ſed ex magna cauſa & poſtea repertis probationibus, vel prorſus reum abſoluere, vel etiam minoris condemnare quàm iuratum eſt.

ARGVMENTVM. I.

Dicimus actorem cogi rem ſuam vendere. Contra. Inuitus nemo cogitur diſtrahere. *l. inuitum. C. de contrah. emption.* Ergo nec actor cogitur inuitus vendere. Reſpon. Antecedens plerumque verum eſt, non perpetuo, etenim certis caſibus quis vendere cogitur. *§. ſed & maior aſperitas, Inſtitut. quibus alienar. licet vel non.* Sic hic propter dolum & contumaciam emptoris, actor vendere cogitur & propterea non eſt æquum vt ſuo precio vendat.

ALIVD.

Venditio fit, emptore & venditore conſentiente in precio *l. 1. de contrahend. emption. tot. tit. de emption. & vendit. in Inſtitut.* At hic nullus eſt conſenſus in precio Actor enim iurat in infinitum. Ergo æſtimatio non eſt venditio. R. Etiam hic emptor & venditor in precio conſentiunt. Nam emptor, qui per dolum aut contumaciam, aut latam culpam, rem non reſtituit, in eo conſentit cum venditore quod precium numerare velit quod ipſe venditor ſtatuerit. Cum enim rem non reſtituat, mauult pretium etiam iniuſtum dare quàm rem reſtituere.

ALIVD.

In emptione & venditione res ita agitur, vt venditor rem tradat, & emptor det nummos *l. ex empto, de action. empt. l. 1. de rer. permutat.* Sed re æſtimata per iuſiurandum in litem, reus qui rem poſsidet, ſtatim fit dominus *l. eius rei, de rei vindication.* Ergò res non venditur per iuſiurandum in litem, quo res æſtimatur. Reſpon. Ex d. l. ex empto, venditor quidem ad tradendum

tantum obligatus eſt, ſed per iſtam traditionem emptor efficitur dominus, ſi tradens fuit dominus, ſin minus præbet vſucapiendi conditionem *d. l. ex empto. §. per traditionem, Inſtitut. de rer. diuiſ.* Et iureiurando in litem præſtito, actor qui iurauit videtur rem emptori tradidiſſe, ſicque emptor ſtatim dominus efficitur *d. l. eius rei, de rei vindicat.*

ALIVD.

Re vendita, venditor tenetur rem tradere. Sed iureiurando in litem præſtito, actor qui vendidit rem, nihil tradit. Ergò æſtimatio non eſt venditio. R. Actori breui manu res videtur tradi à Reo, & ab actore rurſus breui manu videtur tradi Reo ſiue emptori *l. liceat, de iure dotium. l. 3. §. vltim. de donat. inter vir. & vx.*

ALIVD.

Re vendita & tradita, emptor rei vindicationem habet, ſi rem poſtea amittat. Sed iureiurando in litem præſtito, & re poſtea Reo amiſſa reus non habet rei vindicationem, non habet etiam actionem publicianam. *l. is qui dolo, cum l. ſeq de rei vindic.* Ergo æſtimatio quæ fit per iuſiurandum in litem, non eſt venditio. R Odio hoc eius qui dolo malo vel per contumaciam rem non reſtituit receptum eſt, vt actor non teneatur ei præſtare actiones ſi quas habeat, ne in poteſtate cuiuſque ſit per rapinam ab inuito domino rem iuſto pretio comparare. Hæc pœna eſt eius qui dolo fecit quo minus reſtitueret *d. l. is qui dolo, cum l. ſequenti, de rei vindicat.*

ALIVD.

Venditor tenetur emptori cauere de euictione *tot. tit. de euiction.* At qui pro ſuo arbitrio in litem iurauit, ſicque rem æſtimauit & vendidit, non cogitur cauere poſſeſſori de euictione eius rei nomine cuius æſtimationem ipſe accepit *l. & ex diuerſo. §. penult. de rei vindicat. l. ideoq́, de action. rerum amotar.* Igitur æſtimatio non eſt venditio. R. Hæc quoque pœna eſt eius qui dolo malo vel per contumaciam rem non reſtituit. Sic enim Iuriſconſultus inquit, ſibi imputare debet poſſeſſor qui non reſtituit rem. Et in d. l. ideoque dicitur, non debet vir pro euictione pro-

Digitized by Google

promittere, quod ex contumacia mulieris id ita acciderit.

ALIVD.

Re æſtimata non oritur venditio ſed contractus, de cuius nomine ambigitur *l. 1. de æſtimator.* Igitur æſtimatio non eſt venditio. R In d.l.1.de æſtimator.non negatur æſtimationem eſſe venditionem, ſed ibi agitur de re æſtimata quæ vendẽda alicui datur. Dubitatur quale hoc ſit negociũ, & placet eſſe negocium nomine proprio vacans. *d.l.1.de æſtimatoria act.* Aeſtimatio eſt venditio *l.10. de iure dot.l.eius rei, de rei vindic. ibi actor rem æſtimans, pretiũ videtur conſtituere.* Ergo æſtimatio, venditio eſt. In l. nec quaſi, de rei vindicat. dicitur publicianam actionem ei non dandam aduerſum quem in litem iuratum eſt, ne inquit Iuriſconſultus in poteſtate cuiuſque ſit per rapinam ab inuito domino rem iuſto precio comparare. In l. tutor, de in litem iurand. inquit Iuriſconſultus non eſt æquum precio id eſt, quanti res eſt, litem æſtimari, cum & contumacia punienda ſit, & arbitrio potius domini, Rei precium ſit ſtatuendum poteſtate petitori in litem iurandi conceſſa. In l. ſi cum dos. §. final de action. rer. amotar. dicitur. Si mulier res quas amouit, non reddat, æſtimari debeat, quanti in litem vir iuraſſet. Et ſubijcitur in l. proximè ſeq. Non eſt æquum, inuitum, ſuo precio, res ſuas vendere. Sic in l. 7. §. 1. de publician. in rem action. dicitur, æſtimatio ſimilis eſt venditioni. Et in l. 3. pro emptor. Litis æſtimatio ſimilis eſt emptioni.

XVIII. Propoſitio.

Iuſiurandum in litem quo res æſtimatur quanti ea fuit, defertur & in actione ſtricti iudicij.

XIX.

Ob culpam Rei, rem non reſtituentis, vel non exhibentis, vel etiam ſi culpa Rei res perijt.

XX.

Si ergò promiſſor Stichi moram fecit, & Stichus deceſſit, iudex iuſiurandum in litem actori deferre poteſt, quia æſtimare ſine delatione iuriſiurandi non poteſt rem quæ non extat.

ARGVMENTVM.

Dicimus iuſiurandum in litem quo res æſtimatur quanti ea fuit, deferri re culpa rei extincta. Contra quando res culpa rei periijt, Reus protinus condemnari debet in id quod actoris intereſt *l. arbitrio, de dol. malo.* Ergo &c. R Cum grano ſalis hoc accipiendum eſt. Reus protinus condemnari debet, delato tamen prius actori iureiurando, quia iudex æſtimare ſine delatione iuriſiurandi non poteſt rem quæ non extat.

XXI. Propoſitio.

Aliàs ſi ex ſtipulatu vel ex teſtamento agatur, non ſolet in litem iurari.

XXII.

Poſtquam actor iudice iuſiurandum deferente iurauit, iudex reum quanti res eſt condemnat.

XXIII.

De periurio eius qui ex neceſſitate iuris in litem iurauit, quæri facilè non ſolet.

Quæ ad has theſes pertinent habentur in tractatu de in litem iurando.

DISPVTATIO
DE COMPENSATIONIBVS,
Cuius propoſitiones publicè defendit

M. IOANNES HARTMAN, Argentoratenſis.

Propoſita eſt hæc diſputatio in Inclyta Iulia Anno 1586.

I. Propoſitio.

COmpenſatio eſt debiti & crediti inter ſe contributio.

II.

Per debitum etiam naturale debitum intelligimus. Nam etiam quod natura debetur, venit in compenſationem.

ARGV-

ARGVMENTVM I.

Quæcunque per exceptionem perimi poſſunt, in compenſationem non veniunt *l. quæcunq; h.t.* Sed naturalia debita perimuntur per exceptionem. Ergo in compenſationem non veniunt. R. Exceptionum duo genera ſunt. Aliæ ſunt exceptiones, quæ naturalem obligationem prorſus tollunt & extinguunt & de his loquitur d.l.quæcunq;.Vt exceptio SCti Velleiani prorſus tollit & extinguit, ciuilem & naturalem obligationem qua mulier quæ interceſsit obligabatur.Et ideo mulier quæ per errorem ſoluit id pro quo ſe obligauerat poteſt ſolutum repetere *l.qui exceptionem.de condiction. indebit.* quod facere non poſſet, ſi naturalis obligatio cum ciuili non extingueretur per exceptionem SCti Velleiani.Huius generis eſt exceptio pacti conuenti,quæ naturalem obligationem & ciuilē extinguit. Et ideo qui exceptionem pacti conuenti habet, ſolutum per errorem repetit *d. l. qui exceptionem.§.final.de condict.indebit.* Huius generis eſt exceptio iuriſiurandi, *l. final.de iureiur.* & propterea qui iurauit volente creditore & poſteą ſoluit, ſolutum poteſt repetere *l. ſi quis cum debitore ſuo, de iureiurand.* Sic exceptio doli *l. 3.de exception. §. appellantur autem, Inſtit.de exception.*Itemq; exceptio non numeratæ pecuniæ, perimunt obligationem. Et qui eas exceptiones habet & ſoluit per errorem, ſolutum poteſt condicere.

Aliæ ſunt exceptiones quæ naturalem obligationem non extinguunt,& huiuſmodi naturalia debita compenſantur non obſtante exceptione & de his loquitur l. nam & quod natura .h. t. de compenſat. Huius generis eſt exceptio Macedoniana. Illa non extinguit naturalem obligationem, *l. quia naturalis, ad Maced.* & ob id ſi filiusfamilias, paterfamilias factus ſoluit, non repetit, *d.l. qui exceptionem, de condiction. indebit. l. Item ſi filiusfamilias.§. final. ad Maced.*Huius generis eſt exceptio rei iudicatæ,illa quoque non extinguit naturalem obligationem, & ideò ſi vnus debitor abſolutus ſoluat,non habet indebiti condictionem *l. iudex, l. Iulianus, de condiction. indebit.*

ALIVD.

Solutum ex cauſa malè iudicati,repeti non poteſt,nec etiam

poteſt

poteſt compenſari *l. 2. C. de compenſat.* At ſolutum ex cauſa malè iudicati, natura debetur. Igitur naturalia debita non compenſantur. Minor probatur hoc modo. Indebita ſoluta, ex parte accipientis fiunt natura debita *l. penult. C. de condiction indebit.* Sed quod ex cauſa malè iudicati ſoluitur, indebitum eſt ſaltem natura. Ergo ex parte accipientis fit natura debitum. R. Maior loquitur de eo, quod prorſus indebitum eſt. Solutio prorſus indebiti, ex parte accipientis naturalem obligationem parit. Quod autem ſoluitur ex cauſa malè iudicati, natura quidem indebitum eſt, ſed iure ciuili & ex cauſa iudicati debitum. Et ſolutio debiti, vel ciuiliter tantum, vel naturaliter tantum, obligationem naturalem non parit ex parte accipientis, cum non debeatur natura, non compenſatur quoque.

ALIVD.

Quæ peti non poſſunt, non compenſantur. *l. 2. C. de compenſation.* Sed naturalia debita non petuntur. Ergo nec compenſantur. R In d. l. 2. Imperator non loquitur de petitione ſed de repetitione eius quod ſolutum eſt. Et quod ſolutum non repetitur, non compenſatur. Id autem quod propter defectum actionis ciuilis peti non poteſt, quale eſt naturale debitum, rectè compenſatur.

ALIVD.

Pupillus ſine tutoris authoritate, naturaliter obligatur *l. 1. de nouation. l. ſi eius pupilli, ad Trebellian. l. ſi pupillus. ad l. Falcidiam.* Sed quod pupillus debet, id ei compenſari non poteſt. Igitur naturalia debita non compenſantur. Minor probatur. Compenſatio pro ſolutione eſt. Sed pupillus non poteſt ſoluere ſine tutore. *§. nunc admonendi, Inſtit. quib. alienar. licet vel non.* Igitur quod pupillus debet compenſari ei non poteſt, quia aliàs pupillus ſolueret. R. Aut pupillus locupletior factus eſt, & naturaliter obligatur. Aut non factus eſt locupletior, & non obligatur naturaliter. *l. naturaliter. §. final. cum l. ſeq. de condiction. indeb. l. pupillus, de authorit. tutor.* Si locupletior eſt factus, tunc rectè ſoluit, rectè etiam pupillo compenſatio obijcitur, aliàs ſecus eſt. *Ita textus eſt, ad literam in l. 3. §. pupillus, de negot. geſt.*

ALI-

ALIVD.

Non ſunt creditores quibus natura debetur *l. creditores, de Verbor. ſignificatione.* Igitur per debitum & creditum, naturale debitum & creditum non intelligimus. R. Maior vera eſt quoad facultatem & poteſtatem exigendi ſiue petendi. Naturalia enim debita propter defectum actionis ciuilis peti non poſſunt.

ALIVD.

In d.l. 5, de authoritat. tutor. eſt dicta lex pupillus, naturalia debita petuntur. Ergo falſum eſt, quod modò diximus. R. Ibi tantum agitur de naturali debito pupilli, hoc peti poteſt ex reſcripto Diui Pij, *vt dicitur in d. l. pupillus,* aliâs ſecus eſt, ſi ſcilicet pupillus ſit locupletior factus.

ALIVD.

Compenſatio & ſolutio comparantur, quia compenſatio eſt ſolutio. Sed naturalia debita non rectè ſoluuntur. Igitur nec rectè compenſantur. Minor probatur per l. qui exceptionem, de condiction. indebit. Ibi mulier quæ intercesſit & ſoluit, ſolutum poteſt repetere. At mulier naturaliter obligatur, imò etiam ciuiliter. Probatur quoque minor per l. interdum, Eod. Vbi pupillus qui naturaliter obligatur ſoluit, & repetit ſolutum. R. Debita naturalia alia perimuntur oppoſita exceptione, & illa non compenſantur, nec ſoluuntur rectè, ſed ſoluta condicuntur. Alia debita non perimuntur oppoſita exceptione, & de ijs nos hîc loquimur. Et quod ad pupillum attinet, is non rectè in l. interdum ſoluit quia natura non fuit obligatus cum non eſſet locupletior factus.

ALIVD.

Quæ peti poſſunt compenſantur, vt tertia propoſitio habet. Sed naturalia debita non petuntur. Ergò nec compenſantur. R. Non tantum illa quæ peti poſſunt compenſantur, ſed etiam illa quæ peti non poſſunt, vt ſunt naturalia debita.

ALIVD.

Compenſatio fit etſi non ſit hinc inde debitum & creditum, *l. qui non militabat, de heredibus inſtituend. l. vnum ex familia. §. ſed*

 ſi vno

Digitized by Google

ſi vno ex familia, de legat. 2. Igitur definitio noſtra eſt vitioſa. R. In ll. in contrarium adductis compenſatio ſumitur impropriè pro computatione, quod etiam ab Accurſio in d. l. vnum ex familia, traditum eſt, idque facti ſpecies planius oſtendunt.

ALIVD.

Quod ſolutum repeti non poteſt, non compenſatur. *l. 2. C. de compenſation.* ſed naturalia debita ſoluta, non repetuntur. Ergo naturalia debita non compenſantur. R. Hic plus eſt in concluſione, quàm fuerit in præmiſsis. Præmiſſa enim loquuntur de eo quod ſolutum eſt, & de naturali debito ſoluto. Concluſio in genere de naturalibus debitis. Et ita concluſio debebat formari. Ergo naturalia debita ſoluta non compenſantur, quod eſt veriſsimum, maximè de naturalibus debitis, quæ non perimuntur & extinguuntur oppoſitâ exceptione.

ALIVD.

Quod per reſtitutionem in integrum alicui debetur, non compenſatur. *Baldus in l. final. n. 13. C. de compenſat.* ſed hoc natura debetur. Ergò naturalia debita non compenſantur. R naturalia debita compenſantur, modò etiam ſint liquida. Sed quod per reſtitutionem in integrum debetur liquidum non eſt. Ergo &c. Ita Baldus ipſe reſpondet. Ego dicerem, ſi conſtaret verè aliquem debitorem eſſe, compenſationi locum eſſe, etiam antequàm creditor in integrum eſſet reſtitutus. Quia licet verus debitor per ſententiam abſolutus, ciuiliter non debeat, tamen naturaliter debet.

ALIVD.

Naturalia debita compenſantur contra agentem, non contra repetentem *Bartolus in l. 1. num. 18. de condiction. indebit.* Ex eo ſic argumentor. Ego tibi indebitè ſolui centum. Debeo quoque tibi centum ex pacto nudo. Repeto à te centum quæ indebitè ſolui. Hoc caſu, centum quæ ex pacto, naturaliter tibi debeo, non compenſantur cum centum quæ à te repeto, quia naturalia debita compenſantur contra petentem non contra repetentem. Ergò verum non eſt quod dicimus naturalia debita com-

compenſari. R. Bartoli hoc eſt, naturalia debita compenſantur contra petentem non contra repetentem. Sed illud dictum Bartoli verum non videtur.

ALIVD.

Debitor qui liberatus eſt propter pœnam creditoris, naturaliter obligatus manet *l. ſi pœna cauſa, de condict. indeb.* At quod hic debitor naturaliter debet, compenſari non poteſt. *Bartol. in d. l. ſi pœna cauſa, de condict. indeb.* Igitur naturalia debita non compenſantur. R. Interpp. ita reſpondent, ab eo quod dicitur naturalia debita compenſari, excipiendum eſſe naturale debitum quod debitor debet, qui pœnæ cauſa creditoris liberatus eſt. At ego ſentio ita potius diſtinguendum eſſe, vt videre licet in tractatu de compenſationib. in repetitione huius argumenti.

ALIVD.

Definitio non debet eſſe anguſtior ſuo definito, aliàs bona non eſt. Sed hæc noſtra definitio eſt anguſtior ſuo definito. Igitur non eſt bona. Minor probatur. Nam definitio conuenit tantum ijs, quæ actione perſonali petimus, non etiam ijs quæ perſequimur actione reali. Etenim debitores ſunt, qui debent ex contractu vel quaſi, vel etiam ex maleficio vel quaſi. Et creditores quibus debetur ex contractu vel quaſi, vel ex maleficio vel quaſi. Compenſatio autem non ſolum in perſonalibus actionibus locum habet, ſed etiam in actionibus realibus *l. final. C. h. t. n.* R. Hæc definitio propriè loquendo conuenit ijs, quæ petimus actione perſonali non reali, & compenſatio temporibus Iuriſconſultorum in ſolis perſonalibus actionibus locum habuit, non etiam in realibus. *Probatur per l. Stichum aut Pamphilum. §. ſi creditor, de ſolution. Ibi ICtus docet quod in petitionem hereditatis venit, quod poſſeſſor ex hereditate percipit & ſi tantum percepit quantum defunctus debuit, id ſibi ſoluiſſe non videtur. Si non videtur ſibi ſoluiſſe, nec id ſecum compenſaſſe videtur.* Poſtea verò Iuſtinianus conſtituit vt compenſatio etiam realibus actionibus admitteretur. Et hoc nouiter Iuſtinianus conſtituit in d l. final. In ea lege dicitur compenſationem fieri, debiti certi & liquidi. Hoc etiam ante Iuſtinianum obtinuit, *vt conſtat ex lege ſi debeas, hoc titulo.*

Digitized by Google

Dicitur deinde compenſationem non fieri in depoſito, & hoc ante Iuſtinianũ placuit *vt ex Paulo in libris receptarum ſentent. conſtat.* Tertio dicitur malæfidei poſſeſſori non dari compenſationem, & hoc ante Iuſtinianum fuit receptum *l. ſi quid poſſeſſor. §. ſed ſi ipſi de petition. hered.* Quarto dicitur compenſationem fieri ipſo iure, & hoc antè Iuſtinianum obtinuit inter omnes *l. poſteaquam placuit h. t. n.* Quinto dicitur in actionibus realibus ipſo iure fieri compenſationes. Et in hoc poſtremo articulo, ius nouum Iuſtinianus introduxit. Olim igitur in perſonalibus compenſatio locum habebat, hodiè etiam in realibus actionibus, ex Iuſtiniani conſtitutione. Quamuis autem hodiè, quæ actione reali perſequimur etiam compenſentur: tamen definitio compenſationis hic poſita, vitioſa non eſt, ſed debiti verbum & crediti, etiam ad illa pertinet, quæ actione reali perſequimur. Nec hoc quod dico, debiti & crediti verbum pertinere ad illa quæ actione reali perſequimur, mirum videri debet. Nam ſic debiti verbum accipitur in definitione actionis. Actio eſt ius &c. perſequendi quod ſibi debetur. Hîc ſi dicas; debiti verbo tantum comprehendi quæ actione perſonali petuntur, non quæ perſequimur actione reali, ſequitur, definitionem actionis ſolis actionibus perſonalibus conuenire non realibus quod eſſet abſurdum. Deinde quod deberi etiam dicantur quæ actionibus realibus perſequimur, *Iuriſconſultus clarè oſtendit in l. pecuniæ verbum. §. final. de verbor. ſignificat.* Sed ei, quod diximus, Iuſtinianum hoc conſtituiſſe vt compenſatio etiam in realibus actionibus locum habeat, obijcitur l. eum qui 21. §. vltim. de inoff. teſtam. vbi dicitur compenſationem debiti habere eum à quo hereditas euincitur. Ergo etiam ante Iuſtinianum compenſatio in petitione hereditatis, quæ actio eſt realis, locum habuit. R. Quod dicitur compenſationem debiti habere eum à quo hereditas euincitur, hoc non ſic accipiendum, quaſi poſſeſſor hereditatis id quod ex hereditate percepit, compenſare poſsit cum eo quod defunctus debuit. Hæc non eſt ſententia eius loci, ſed vera ſententia hæc eſt, ſi poſſeſſor hereditatis debuit aliquid defuncto, id poteſt compenſare cum eo quod defunctus ſibi debuit. Sed rurſus obijcitur l. Titia 48. de ſolut. Ibi mulier, bona mariti pro herede poſſedit, & conueniri potuit petitione hereditatis.

tatis. Et dicitur mulieri ea quæ ex re mariti percepit, in dotem reputari poſſe. Igitur compenſatio in petitione hereditatis etiam ante Iuſtinianum locum habuit. Reſ. Lex non loquitur de muliere quæ mariti bona pro herede poſſedit, & conueniri potuit petitione hereditatis. Sed loquitur de muliere quæ ex edicto bona mariti poſſedit dotis ſeruandæ cauſa. Hæc mulier comparatur geſtori bonorum *l. creditore 14. §. vlt. de reb. authori. ind. poſſidend.* Et ſicut geſtor, domino agenti negotiorum geſtorum, poteſt reputare id quod ſibi dominus debuit. Ita mulier debitori agenti de eo quod ex bonis ſuis ad ipſam peruenit, poteſt reputare id quod debitor ipſi debuit, Atq; ita obijcitur his caſibus compenſatio actionibus in perſonam, non actionibus in rem.

ALIVD.

Sed rurſus obijcitur l. ſi quid poſſeſſor. §. ſed ſi ipſi, de petition. hered. Ibi dicitur prædonem qui malá fide poſsidebat hereditatem, deducere poſſe ex hereditate quod ipſi debebatur, ſi expediebat petitori, id debitum eſſe ſolutum. Ergò in petitione hereditatis atq; ita in actione reali etiam ante Iuſtinianum compenſatio locum habuit. Reſpon. Iuriſconſultus ibi non loquitur de compenſatione ſed de deductione. Et aliud fuit olim compenſatio, longè aliud deductio. Compenſatio, vt tandem placuit omnibus ipſo iure fiebat, *l. poſteaquam h. t. n.* Deductio fiebat per exceptionem. Et ſic compenſatio à deductione diſtinguitur *in l. amplius 15. rem ratam haberi. & in l. filium. C. famil. herciſc.* Compenſatio omnis eſt iuris, deductio plerumque facti, quia fit per exceptionem. Plerumque dico, quia deductio, interdum etiam eſt iuris. Vt cum dicitur, retentionem dotis fieri ipſo iure ob impenſas neceſſarias *l. ſeruus quem 30. de action. emp. l. quod dicitur, de impens. in reb. dota. fact. l. dote prælegata, de dote prælegat.* Deductio igitur ſiue retentio, aliàs iuris eſt alias facti, ſed plerumque facti. Compenſatio ſemper eſt iuris.

III. Propoſitio.

1 Compenſatio autem originem ſuam trahit ex æquitate, & ideò neceſſaria eſt, quia noſtra intereſt potius non ſoluere quàm ſolutum repetere.

IV.

Vnuſquiſque ergò creditorem ſuum, eundemq; debitorem petentem, ſubmouet, ſi paratus eſt compenſare.

V.

Et cum alter alteri pecuniam ſine vſuris, alter vſurariam debet, conſtitutum eſt à Diuo Seuero, concurrentis apud vtrumq; quantitatis vſuras non eſſe præſtandas.

VI.

Sed etſi inuicem ſit vſuraria pecunia, diuerſæ tamen vſuræ, compenſatio nihilominus locum habet eius, quod inuicem debetur.

ARGVMENTVM. I.

Dicimus in hac propoſitione quod per compenſationem impediatur ſolutio. In vltima verò propoſitione aſſerimus quod compenſatio eſt ſolutio. Igitur pugnantia ponimus. R. Cum dicimus compenſationem eſſe ſolutionem hoc de vi & virtute compenſationis intelligimus. At compenſatio non eſt ſolutio, hoc eſt, non eſt naturalis ſiue actualis pecuniæ numeratio. Ita hæc accipienda ſunt, & ita accepta inter ſe non pugnant.

ALIVD.

Compenſatio fit ipſo iure, vt octaua noſtra propoſitio habet. Quod autem ipſo iure fit, miniſterium hominis non deſiderat. Ideò enim ipſo iure dicitur fieri. Malè igitur nos dicimus in quarta propoſitione, compenſationem fieri, ſi quis debitorem petentem ſit paratus ſubmouere exceptione compenſationis. R. Compenſatio ipſo iure fit. At in voluntate debitoris poſitum eſt, vtrum compenſatione, quæ ipſo iure iam facta eſt, vti velit, an non. Et eò pertinet quod dicimus in quarta propoſitione, debitorem creditorem ſuum eundemq; debitorem petentem ſubmouere ſi paratus eſt compenſare.

ALIVD.

Alteri per alterum iniqua conditio inferri non debet. Sed ſi

compenſatio admittitur, cum ego tibi debeo centum ſub vſuris & tu mihi quinquaginta ſine vſuris, tunc tibi per me iniqua conditio infertur. Igitur hoc admittendum non eſt. R. Nego minorem. Nec enim iniqua conditio tibi infertur, cum quantitates inter ſe compenſantur, licet vſurarum nulla ratio habeatur. Verbi gratia. Debeo tibi centum ſub vſuris ſemiſsibus. Tu mihi incipis debere quinquaginta ſine vſuris. Hic ex centum quæ tibi debeo, quinquaginta compenſantur cum ijs quinquaginta quæ tu mihi debes, nec vlla vſurarum ratio habetur ex eo tempore, quo tu mihi viciſsim quinquaginta cœpiſti debere. Idque iniquum non eſt. Nam ex eo tempore, quo tu mihi viciſsim cœpiſti debere quinquaginta, ego non debui tibi niſi quinquaginta, alia quinquaginta non debui, quia ipſo iure, mea quinquaginta cum tuis quinquaginta fuerunt compenſata. Inde ſequitur vſuras quoque tibi deberi non poſſe ex eo tempore quo compenſatio facta eſt. Nam vſuræ ſunt acceſsio quædam ad ſortem. Sorte igitur non exiſtente, meritò vſuræ non debentur *l. eos, ibi principali actione non ſubſiſtente, C. de vſuris.*

ALIVD.

Quod indebitum eſt, repeti poteſt, ſi per errorem ſolutum fuerit *tot. tit. de condiction. indebit.* Sed vſuræ nudo pacto promiſſæ, indebitæ ſunt. Ergo ſolutæ maximè per errorem repeti poſſunt. R. Maior loquitur de indebito omni iure, hoc eſt, iure naturali & ciuili. Minor loquitur de indebito ciuili. Vſuræ, nudo pacto promiſſæ, indebitæ ſunt iure ciuili, iure naturali autem debitæ. Et igitur ſolutæ non repetuntur.

XII. Propoſitio.

Vſura legitima olim fuit centeſima.

XIII.

Centeſima vſura eſt, quæ reddit quotannis duodecim ſolidos in centenos: ita enim Theophilus & Conſtantinus Harmenop. rectè definiêrunt.

Cente-

XIV.

Centeſima non ex eo dicitur, vt Iohan. Delareberteria & Iohan. Mercerus & alij putârunt, quòd centeſiſimo menſe æquat ſortem, ſed quod ſortis centeſima pars ſit menſtrua vſura.

XV.

Et licet centeſima vſura grauis ſit, vnde Seneca lib. 7. de benef. cap. 10. centeſimam ſanguinolentam appellat: tamen fœneratorum auaritia rarò centeſima contenta fuit.

XVI.

Ac propter fœneratorum auaritiam centeſima paulatim creuit. Anianus enim centeſimam definit, quæ reddit quotannis in centenos ſolidos duodecim ſolidos, & duodecim ſiliquas. Et hanc definitionem centeſimæ vſuræ Iuſtinianus in Nouell. 32. & Leo Imperator in Nouell. 83. probârunt.

XVII.

Et Conſtantinus Harmenopulus lib. 3. Epit. tit. 7. centeſimam dicit eſſe, quæ reddit quotannis duodecim ſolidos in ſingulas libras, hoc eſt, in 72. ſolidos.

XVIII.

Centeſimâ vſurâ, vſque ad Iuſtiniani Imperatoris tempora, Romani vſi ſunt. Iuſtinianus poſtea conſtituit, vt viri illuſtres, & qui ſuper eos ſunt, accipiant trientes: argentarij & negociatores beſſes: reliqui omnes ſemiſſes, quas Plinius lib. 10. cap. 4. ciuiles & modicas appellat.

ARGVMENTVM.

Dicimus legitimam vſuram, vſque ad Iuſtiniani tempora fuiſſe centeſimam *quod probat l. 1. & 2. C. Theodo. de vſur. & conſtat ex Paulo*

Paulo in 2. ſentent. tit. de vſur. vbi ſcribit, vſuras ſupra centeſimam ſolutas ſorti imputari, quod ſcilicet ſupra centeſimam iure non exigantur. Idem probat l. lecta, de rebus credit. l. item. 8. C. ſi cert. petat. Ea lex quam initio vocat centeſimam poſtea appellat legitimam vſuram. Sic in l. 4. de nautico fœnor. centeſimam vſuram Iuriſconſultus appellat legitimam. Sed obſtat l. 1. C. de his quibus vt indignis. In ea lege diſponitur vt heres qui teſtatoris necem non vlciſcitur, hereditatem cum fructibus reſtituat, & pecuniæ quam à debitoribus exegit, vel ex diſtractione hereditariarum rerum redegit, vſuras præſtet & dependat, vſuras inquam ſemiſſes. Item obſtat l. cum quidam. §. ſi debitores, de vſuris, vbi legitimæ vſuræ vocantur ſemiſſes. Si debitores inquit Iuriſconſultus qui minores ſemiſsibus præſtabant vſuras, fiſci eſſe cœperunt, poſtquam ad fiſcum tranſierunt, ſemiſſes cogendi ſunt præſtare. Legitima igitur vſura non fuit centeſima. Reſpon. Quod in dd. ll. dicitur de vſuris ſemiſsibus, hoc eſt ex Iuſtiniani conſtitutione, *hoc eſt ex l. vltim. C. de fiſcal. vſur. lib. 10. Ibi Iuſtinianus conſtituit vt fiſcus non niſi ſemiſſes vſuras exigat; ſicuti vulgus in l. eos. C. de vſur. Et ex illa l. Tribonianus adiecit ad ll. ſupradictas hæc verba, ſemiſſes vſuras &c.*

XIX. Propoſitio.

Certis tamen caſibus etiam hodiè centeſima debetur, vt in nautica pecunia, actione iudicati, ſi comdemnatus poſt tempora iudicati non ſoluerit, & ſi quis pecuniam eius, cuius tutelam negotiaúe adminiſtrat, in ſuós vſus conuerterit.

ARGVMENTVM I.

Dicimus hodiè in nautica pecunia centeſimam deberi. Atqui videtur dicendum etiam olim vſuram nauticæ pecuniæ centeſimam duntaxat fuiſſe *per l. 4. de nautico fænor.* R. Creditor pecuniæ nauticæ, in diem periculo præfinitum, immenſam vſuram ſtipulari vel paciſci poterat. Poſt eum diem non niſi centeſimam in menſes ſingulos ſtipulatur, quæ legitima erat vſura, vt

Digitized by Google

ſupra dictum eſt. Solebat etiam creditor, ſeruum vel libertum mittere vna cum debitore. Et ob operas vel ſumptus huius ſerui vel liberti perſequentis & petentis pecuniam, creditor pœnam in ſingulos dies ſtipulabatur. *l. traiectitia, de Obligat. & action. l. qui Romæ. §. Callimachus, de Verborum obligationibus.* Eaque pœna & vſura centeſimam non poterat excedere nec duplum ſortis. Et hoc eſt quod Papinianus ait in d. l. 4. de nautic. fœnor. eam pecuniam quæ poſt diem periculi ob ſerui operas debetur, nec ſupra centeſimam nec ſupra duplum deberi. Et verbum centeſimæ quo Iuriſconſultus vtitur, non eſt ex conſtitutione Iuſtiniani, ſed merum ius vetus.

ALIVD.

Dicimus centeſimam deberi ſi tutor pecuniam pupilli in ſuos vſus conuerterit *l. tutor qui repertorium, de administrat. & pericul. tutor. l. 1. C. de vſur. pupill. l. qui ſine. §. 1. de negot. geſt.* Sed obſtat d. l. tutor qui repertorium. §. ex cæteris cauſis, de adminiſtrat. & pericul. tutor. vbi dicitur tutorem præſtare vſuras ſecundum morem prouinciæ, aut quincunces, aut trientes, aut leuiores. Ergo &c. Reſpon. Aut tutor in ſuos vſus pecuniam pupilli conuertit, & tunc legitimam vſuram præſtat ſiue vt dicitur *in d. l. qui ſine, de negot. geſt.* maximas vſuras, hoc eſt centeſimam. Aut pecuniam pupilli non conuertit in ſuos vſus, & tunc præſtat vſuras quæ in regione frequentantur.

ALIVD.

Sed huic diſtinctioni aduerſari videtur. l. idemque. §. ſi procurator, mandat. Ibi Iuriſconſultus dicit, procuratorem qui pecuniam in ſuos vſus conuertit, teneri in vſuras, quæ in regione frequentantur. Igitur non tenetur in maximas vſuras. R. Aut procurator, tutor aut quiuis alius palam vertit pecuniam alienam in ſuos vſus, aut verò clam. Si palam id faciat, ijs obligabitur vſuris, quæ in regione frequentantur. Si clam, damnabitur in grauiſsimas vſuras.

XX. Propoſitio.

Qui ſemiſſes vſuras ſtipulatus eſt, & poſtea per aliquot annos

Digitized by Google

annos quincunçes accepit, pacti exceptione ſubmouetur, ſi ſemiſſes petat.

ARGVMENTVM. I.

Dicimus eum qui maiores vſuras debet & poſtea per aliquot annos minores præſtitit exceptione pacti defendi poſſe, ſi maiores vſuræ poſtea petantur. Contra. Diuturna præſtatio non inducit obligationem, vt ſi certis annis aliquid ſolui ex pacto nudo, id in poſterum ſoluere non teneor, *l. ſi certis annis. C. de pact.* Ergo nec diuturna præſtatio inducit liberationem. R. Diuturna præſtatio, atque ita pactum nudum, inducit liberationem, obligationem non item. Ratio eſt, quia faciliores ſumus ad liberandum quàm ad obligandum ſi habeamus occaſionem, *l. Arrianus, de O. & A.* Hinc inutilis acceptilatio, vtile habet pactum *l. an inutilis, de acceptilat. l. ſi vnus. §. penultim. de pact.* Inutilis ſtipulatio, vtile pactum non habet *l. 1. §. 1. de Verborum obligationibus.*

ALIVD.

Obſtat l. cum notiſsimi. §. penult. C. de præſcript. 30. vel 40. annor. Ibi Iuſtinianus conſtituit, quod in promiſsionibus, legatis vel alijs obligationibus quæ dationem per ſingulos annos vel menſes continent tempora præſcriptionum non ab exordio obligationis, ſed ab initio cuiuſque anni vel menſis computari debeant. Igitur qui aliquamdiu minores vſuras ſoluit, nihilominus poſtea maiores vſuras quæ promiſſæ ſunt ſoluere tenetur. R. Lex cum notiſsimi. C. de præſcription. 30. vel 40. annor. loquitur de annuis præſtation. Qui annuatim ſex percipere debet, ſi per aliquot annos quinque tantum accipiat, ſex poſtea petere non prohibetur. Imò ſi per 30. vel plures annos quinque acceperit, poſtea nihilominus ſex petere poteſt, præſcriptione non obſtante. In annuis namq; præſtationibus, præſcriptio locũ non habet *d. l. cum notiſsimi* Et hæc fuit ſententia Vltramontanorum *Grauetta de antiquitat. tempor. 4. part. quam Camera Imperialis probauit Mynſing. centur. 3. obſeruat. 13. Andr. Gail. lib. 2. practicar. obſeruation. obſeruat. 73.* reiecta ſententia.

 Citramon-

Digitized by Google

Citramontanorum quam defendit *Schurff. conſ. 10. in 1. cent. & ſequuntur Lipſenſes & Vitebergenſes vt ex conſtitutione Auguſti part. 2. conſtit. 2. & 3. videre licet.* Aliud dicimus in contractibus vſurarijs, vſurarum actiones, ſingulis annis non naſcuntur *l. eos. C. de vſur. d. l. aduerſus. C. de vſur. & l. qui ſemiſſes. de vſur.*

XXI. Propoſitio.

Illegitimarum vſurarum exactor, olim in quadruplum tenebatur, ac ex lege Gabinia ſortis petitionem amittebat. Hodiè neque in quadruplum tenetur, neq; ſortem amittit, ſed quod legitimum modum excedit, imputatur ſorti, & exactor illegitimus infamis redditur.

XXII.

Vſura deſinit deberi ſolutione ſortis.

XXIII.

Vel oblatione, conſignatione & depoſitione ſortis, ſi creditor ſortem ſuſcipere recuſauerit.

XXIV.

Vel denique ſi ſortem æquauerit. Supra duplum enim vſura non debetur.

XXV.

Et vſura per partes minutas, diuerſis temporibus ſoluta coaceruatur, & in duplum computatur, & quod duplum egreditur, ſorti cedit.

Quæ hûc ſpectant, in tractatu de vſuris videre licet.

DISPV-

Digitized by Google

DISPVTATIO
DE MATRIMONIO

Cuius ſequentes propoſitiones ex vtroque iure deſumptas, publicè diſputando, exercitij cauſa tuebitur

HENRICVS RVDLOFF.
Thuringus V. I. C.

I. Propoſitio.

VT ſponſaliorum nomen variè accipitur: pro promiſſione ſcilicet futurarum nuptiarum, pro arris, quæ à ſponſo dantur ſponſæ, pro donatione propter nuptias: & denique pro ſponſaliorum conuiuio.

II.

Sic matrimonium interdum pro bonis maternis, interdum & quidem frequentius, pro maris & fœminæ coniunctione, ſumitur.

III.

Hæc coniunctio à matre nomen habet: vel quia ſemper certa eſt: vel quia datum eſt hoc laboribus, quos in partu mulieres ſufferunt, vt ab ipſis potius quàm à viris coniunctio ipſarum, nomen habeat: vel denique, quia mulier idcircò nubit, vt mater fiat.

IV.

Aliâs matrimonium, connubium, coniugium itemque nuptias vocamus.

Google

V.

Eſt autem matrimonium maris atque fœminæ coniunctio, conſortium omnis vitæ, diuini & humani iuris communicatio.

ARGVMENTVM. I.

Dicimus arras à ſponſo dari ſponſæ. Obſtat l. cum veterum, & l. ſi à ſponſo. C. de donation. ante nuptias. Ibi dicitur non tantum à ſponſo arras dari, verum etiam à ſponſa. R. In ll. in contrarium adductis non agitur de arris, ſed de munere ſponſalitio. Arræ tantum dantur à ſponſo ſponſæ, *l. ſi quis officium, de ritu nuptiar. l. ſi legibus. C. de Epiſcopal. audientia. l. vltim. C. de Epiſcop. & Clericis l. vnic. C. ſi rector prouinciæ &c.* A ſponſa non dantur arræ, ſponſo. Sic in emptione & venditione, emptor arram dat non venditor. At munus ſponſalitium tàm ſponſa quàm ſponſus dare poſſunt. Arras autem nominamus annulos, aut alias huiuſmodi res quæ firmandi contractus aut obligationis firmandæ cauſa dantur, vnde nonnulli arram παρὰ τὸ ἀῤῥαγὲς quod firmum ſignificat, dictam tradunt, quamuis alij hoc nomen deducant ab Hebræo Arab quod deſpondit ſignificat. Veteres arram Arrabonem vocabant. *Varro lib. 4. de lingu. latin.* Alio nomine arræ ſponſalia dicuntur *l. 1. in fin. C. ſi nuptiæ ex reſcripto petantur. l. 6. C. Theodo. de ſponſal. tot. tit. ſi rector prouinciæ vel ad eum pertinens ſponſalia dederint. Ibi Anianus ſponſalia arras interpretatur, & hanc lectionem Azo ſuo adhuc tempore agnouit, licet in noſtro. C. malè legatur ſponſalitias arras dederit, Accurſius itaq; fallitur, dum in l. vltim. §. penult. C. de ſponſal. tradit, & à ſponſa arram dari ſponſo.*

ALIVD.

Definitio non debet eſſe latior ſuo definito, aliàs non eſt bona. *l. 1. de dol. malo.* Hæc autem definitio latior eſt ſuo definito. Nam congruit concubinatui. Ergo non eſt bona. Reſpon. Nego minorem, quia definitio noſtra concubinatui non conuenit. Nec obeſt, quod concubinatus eſt maris & fœminæ coniunctio, conſor-

conſortium omnis vitæ, diuini & humani iuris communicatio. Nam licet in his conueniant concubinatus & matrimonium: tamen in eo differunt, quod in matrimonio intercedit coniunctio maris & fœminæ, conſortium omnis vitæ, diuini & humani iuris communicatio, maritali affectione. At in concubinatu non fit coniunctio maris & fœminæ, maritali affectione, nec eſt in concubinatu conſortium omnis vitæ, maritali affectione, non eſt in concubinatu diuini & humani iuris communicatio, maritali affectione ſed in concubinatu illa omnia intercedunt concubinaria affectione. *Ita Iuſtinianus docet in §. 1. Inſtitut. de hereditatibus quæ ab inteſtat. defer. Ibi de concubina loquitur, & ita inquit, ſi quis mulierem in contubernio ſuo copulauerit non affectione maritali.* Concubinatus ergò eſt coniunctio maris & fœminæ, quæ non fit affectione maritali. Matrimonium eſt maris & fœminæ coniunctio, quæ fit maritali affectione. *Sic Iuriſconſultus in l. cum his ſtatus, de donat. inter vir. & vxor. inquit. Matrimonium non coitus facit ſed maritalis affectio.* Non ſimpliciter inquit matrimonium affectio facit, ſed inquit matrimonium affectio maritalis facit. In concubinatu etiam eſt affectio viri erga mulierem, ſed non maritalis affectio. *Sic Iuſtinianus in Nouell. 18. circa finem de concubina loquitur, & dicit ſi quis ex concubina liberos ſuſceperit, & poſtea ad maritalem affectionem ſe effundat, & inſtrumenta nuptialia conſcribat, liberi erunt iuſti & legitimi. Ecce ibi ex concubina fit vxor propter γαμικὴν διάθεσιν. Sic in Nouella 22. dicitur nuptias fieri γαμικῇ διαθέσει, In Nouella 117. accipere vxorem γαμικῇ διαθέσει.* Matrimonium itaque eſt maris & fœminæ coniunctio &c. quæ fit maritali affectione. Concubinatus eſt maris & fœminæ coniunctio quæ nō fit maritali affectione. Hinc Iuriſconſultus ſcribit, concubinam ex ſola animi deſtinatione æſtimari, *in l. penultim. de concubin.* quod nihil aliud eſt quàm dicere concubinam eſſe, quæ non habetur affectione maritali, vxorem ècontra quæ habetur maritali affectione, animi deſtinatio, affectionem animi ſignificat.

ALIVD.

Digitized by Google

ALIVD.

Dicimus matrimonium conſortium eſſe omnis vitæ. At apud Romanos libera fuerunt diuortia, ita etiam vt pœnis nullis conſtringi potuerint *l. ſi ita ſtipulatio facta fuerit, ſi culpa tua &c.* ſicuti libera fuerunt matrimonia *l. Titia, quæ ex alio filium habebat, de Verbor: obligat* Ergo matrimonium non eſt conſortium omnis vitæ. R. His verbis, conſortium omnis vitæ, non ſignificatur, quod coniuges quàm diu viuunt, cohabitare debeant, ſed potius hoc dicitur, coniuges quam diu cohabitant, iiſdem fortunæ flatibus proſperis & aduerſis expoſitos eſſe. Vita fortunam denotat. Nec enim vt Donatus autor eſt, vita ζωὴν, hoc eſt eam quam viuimus tantum ſignificat, verum etiam ſignificat fortunam, quæ viuentibus accidit. Apud Romanos libera fuerunt diuortia. Et poſt Spurium Carbilium qui primus vxorem dimiſit ſterilitatis cauſa poſt quingenteſimum & viceſimum annum. *Valer. Maximus lib. 2. c. 1. Gellius. lib. 4. c. 3. Tertullian: in Apologetico,* adeò frequentia fuerunt Romæ diuortia, vt à quibuſdam mulieribus non Conſulum ſed maritorum numero annos computari. Seneca *lib. 3. de beneficijs c. 16.* his verbis conqueritur. Nunquid iam vlla repudio erubeſcit, poſtquam illuſtres quædam ac nobiles fœminæ, non conſulum numero ſed maritorum annos ſuos computant, & exeunt matrimonij cauſa, nubunt repudij. Et Martialis *lib. 8. Epigrammatum.*

Iulia lex populis ex quo, Fauſtine, relata eſt,
Atq; intrare domos iuſſa pudicitia.
Aut minus aut certè plus quàm vigeſima lux eſt,
Et nubit decimo iam Theleſina viro.

Per conſortium itaq; omnis vitæ, non hoc volumus quod coniuges perpetuò cohabitare debeant, ſed hoc volumus quod iiſdem fortunæ flatibus proſperis & aduerſis vtantur. Exiſtimant tamen nònnulli, hæc verba, conſortium omnis vitæ, ad animum & votum contrahentium referenda eſſe quaſi contrahentes eo animo & voto ſint vt nunquam dirimatur matrimonium *l. 1. de iure dot:* Votum eſt perpetuum & indiuiduum, licet ſucceſſus non ſemper ſit idem. *Cuiac. Inſtitut. de patria poteſtat.*

Propo-

VI. Propoſitio.

Ac olim tria erant diſtincta matrimoniorum genera: quoddam enim farre conſecrabatur: quoddam fiebat per coëmptionem: quoddam deníque habebatur vſu.

VII.

Et licet hæc matrimoniorum genera in deſuetudinem abierint, tamen ad ea recurrendum eſt, cum quæſtio eſt: Romanorum legibus vxornè in poteſtate patris ſit an viri? Nam quod communiter traditum eſt, iure ciuili Romano vxorem in poteſtate patris, non viri eſſe, indiſtinctè verum non eſſe arbitramur.

ARGVMENTVM.

Apud Romanos triplex fuit matrimonium, quoddam farre conſecrabatur, quoddam fiebat per coëmptionem, quoddam denique habebatur vſu. Matrimonium farraceum dicebatur, in quo nupturi edebant ſimul panem & aquam. Hoc genere matrimonij non diu vſi ſunt Romani, idque tandem inter ſolos Pontifices *authore Boethio in Topicis Ciceronis* fuit retentum. Per coëmptionem dicebatur fieri matrimonium, cum vir rogabat, an mulier ſibi materfamilias eſſe vellet? & illa reſpondebat, velle. Et mulier viciſsim rogabat virum, vtrum ſibi paterfamilias eſſe vellet? & ille reſpondebat velle. Dicebatur hoc matrimonium fieri per coëmptionem quia alter alterum quaſi emebat. Nam mulier ex tribus aſsibus quos ad virum deferebat, vnum quem in manu tenebat tamquam emendi cauſa marito dabat *vt Nonius Marcellus author eſt. Meminit matrimonij per coemptionem Cicero in 1. de Orator. Neq; inquit, illud eſt mirum, qui, quibus verbis fiat coemptio, neſciat, eundem eius mulieris quæ coemptionem fecerit, cauſam poſsit defendere.* Solebat verò mulier cum domum mariti ingrederetur dicere. vbi tu Caius, ego Caia *vt Plutarchus in Romaicis refert quæſtion. 29.* Ac illis verbis paciſcebatur æquale ſibi cum viro domii imperium. *Cicero pro Murena. Quia in*

Digitized by Google

alicuius libris exempli cauſa id nomen inuenerunt, putauerunt omnes mulieres, quæ coemptionem facerent, Caias vocari. Tertium genus matrimonij, vſu dicebatur fieri ab vſurpatione, hoc eſt, vſucapionis interruptione. *l. 2. de vſurpat. & vſucapion.* Cum enim ex l. 12. tabul. res mobiles anno vbique vno, vſucaperentur, ne ad earum exemplum mulier quoque per annum integrum & continuum à marito poſſeſſa vſucaperetur, permiſit lex 12. tabular. vt liceret mulieri tribus noctibus abeſſe à viro, quibus vſucapionem viri interpellaret, quod lex vſurpatum ire ducebat *Gellius lib. 3. cap. 2.* Et ad hanc matrimoniorum diſtinctionem recurrendum eſt, cum quæritur, an mulier in poteſtate patris ſit, an mariti? Nam matrimonio contracto per coemptionem mulier exibat patris poteſtate & tranſibat in poteſtatem mariti, eique filiæ loco erat. At matrimonio contracto quod vſu fieri dicebatur, mulier in patris poteſtate remanebat. *Boethius in Topicis Ciceron. Seruius in 1. Georgicor. & in 4. Aeneid. in illo verſu.*

Reppulit, & dominum Aenean in regna recepit.
Vlpianus in fragment. titulo 23.

Speciebus omnibus ſublatis, ſimul etiam genus ipſum ſublatum eſt. Sed ſpecies matrimoniorum ſunt ſublatæ. Ergo & genus ipſum, nec vllum eſt matrimonium. R. Speciebus ſublatis, ſine quibus ſcilicet, genus eſſe non poteſt, ſimul etiam genus eſt ſublatum. Vt homo non poteſt eſſe ſine ſpeciebus, ſine Sticho, Pamphilo &c. & omnibus ſpeciebus ſublatis ſublatum eſſet genus. At ſublatis ſpeciebus, ſine quibus genus eſſe poteſt, genus non cenſetur ſublatum. Et tales ſunt ſpecies matrimoniorum hic propoſitæ. Hæ ſpecies ex accidenti ſunt nominatæ. Vt matrimonium dicitur farraceum, quia nupturi ſimul edebant panem & aquam. Item dicitur, per coemptionem, quia alter alterum quaſi emebat. Item dicitur vſu haberi, ab vſurpatione ſiue vſucapionis interruptione. Et matrimonium poteſt eſſe licet nupturi non edant ſimul panem & aquam. Item poteſt eſſe matrimonium licet alter alterum non emat. Item poteſt eſſe matrimonium licet non fiat vſucapionis interruptio. His igitur ſpeciebus ſublatis, remanet genus ipſum. Sic legatorum olim erant quatuor ſpecies, per vindicationem, per damnationem, ſinendi

modo

Digitized by Google

modo & per præceptionem. *§. 1. Inſtitut. de legat.* Hæ ſpecies ex accidenti ſunt nominatæ, & legatum poteſt eſſe ſine his ſpeciebus. Itaque licet hodiè ſint ſublatæ, dictæ quatuor ſpecies legatorum, tamen ſimul non eſt ſublatum genus, hoc eſt legatum, ſed hodiè etiam legata relinqui poſſunt.

VIII. Propoſitio.

Contrahitur verò matrimonium conſenſu.

IX.

Et quidem nudo, ſiue ſolo conſenſu.

X.

Non tantum eorum qui coëunt, verùm etiam parentum quorum in poteſtate ſunt.

ARGVMENTVM I.

Dicimus matrimonium contrahi conſenſu. At matrimonium non eſt contractus, quia non numeratur inter contractus in Inſtitut. R. In Inſtitutis non enumerantur omnes contractus. Arrarum datio, contractus eſt. *l. contractus, C. de fide inſtrumentor.* Dotis datio, item contractus eſt *l. contractus, de R. I.* Donatio item propter nuptias, contractus eſt, *Nouell. vt donatio propter nuptias ſpecialis ſit contractus.* At horum contractuum, non meminit Imperator in Inſtitut. poſt tit. de obligation. Sic matrimonium contractus eſt, & conſenſu perficitur, quamuis eius Iuſtinianus non meminerit poſt tit. de obligation. in Inſtitut.

ALIVD.

Ex contractibus datur actio. Ex matrimonio non eſt actio. Ergo non eſt contractus. R. Nego minorem. Nam ex matrimonio datur condictio, vt matrimonium promiſſum impleatur.

ALIVD.

Dicimus matrimonium contrahi conſenſu. Imò coitu. Nam in l. penult. quando dies legator. cedat. dicitur, non videri nuptam quæ virum pati non poteſt. Concubitus igitur facit nuptias non conſenſus. R. Conſenſus facit nuptias. Sed hic conſenſus, iuri legitimo congruus eſſe debet. Non congruit autem

iuri conſenſus cum mulier nubit, quæ virum pati non poteſt. Et ideò rectè traditum eſt, non videri nuptam, quæ virum pati non poteſt.

ALIVD.

Si conſenſu contrahitur matrimonium, contrario conſenſu ſoluetur, *per regulam, nihil tam naturale eſt, de R. I.* Sed matrimonium conſenſu non ſoluitur. Ergo &c. R. ad minorem, matrimonium non ſoluitur conſenſu, hodiè ſcilicet, ex conſtitutione Iuſtiniani, hoc eſt, ex Nouella 117. Verum ante Iuſtinianum mutuo conſenſu diſſolui poterat *l. ſi conſtante. C. de repud.* Regula igitur: Nihil tam naturale &c. hodie in matrimonio locum non habet.

ALIVD.

Filius ſæpè metu inducitur vt vxorem ducat *l. ſi patre cogente, de rit. nuptiar.* At metus conſenſum non habet *l. nihil conſenſui, de R. I.* Matrimonium igitur conſenſu non contrahitur. R ad minorem, metus conſenſum ſiue voluntatem integram non habet, remiſſam tamen habet. Eſt enim duplex voluntas, alia integra, alia remiſſa. Hinc dicitur in d. l. ſi patre cogente, maluiſſe hoc videtur.

ALIVD.

Matrimonium errore contractum valet. Sic enim Iacob contraxit cum Lia putans ſe contrahere cum Rachel, ſed qui errant non conſentiunt *l. ſi per errorem, de iuriſdict. l. 2. de iudicijs.* Igitur &c. R Maior vera eſt ſi cognitum & deprehenſum errorem, conſenſus ſequatur. Sic Iacob conſentit in Liam poſtquam errorem perſonæ deprehendit. Aliàs ſecus eſt.

ALIVD.

Dicimus matrimonium ſolo conſenſu contrahi. Ita nuſquam Iuriſconſulti & Imperatores loquuntur, nuſquam vtuntur particula ſolo. Igitur malè nos facimus, quod dicimus ſolo conſenſu. R. In ff. quidem, & C. quod nos ſciamus Iuriſconſulti & Imperatores cum de matrimonio loquuntur, & docent matrimonium conſenſu contrahi, nuſquam vtuntur particula excluſiua. Verum Iuſtinianus Imperator in Nouellis conſtitutionibus ſæpè vſurpat particulam ſolus, itemque nudus Vt in Nouell. 22.

inquit

Digitized by Google

inquit γάμον διαθέσεις ἀμοιβαῖα ποιεῖ. ἐπειδὰν δὲ ἅπαξ συνέλθοι εἶτ' ἐπὶ ψιλῇ γαμικῇ διαθέσει &c. Et in Nouella 74. inquit. Conſtituimus τοὺς γάμους καὶ γαμικῶν συμβολαίων χωρὶς ἐκ μόνης ἐρρῶσθαι διαθέσεως, καὶ κυρίους εἶναι. Sic in Nouella 117. dicitur matrimonium contrahi μονῇ διαθέσει, Item ψιλῇ διαθέσει.

A L I V D.

Ad matrimonium contrahendum dotalia inſtrumenta neceſſaria ſunt. *§. final. Inſtitut. de nuptijs.* §. *1. Inſtit. de heredit. quæ ab inteſtat. defer.* Igitur ſolus conſenſus nuptias non facit. R. Matrimonium ſolo conſenſu contrahitur, regulariter. At interdum præter conſenſum etiam dotalia inſtrumenta exiguntur. Vt cum quis concubinam ex qua liberos habet vxorem ducit. Tunc ad matrimonium contrahendum non ſufficit nudus conſenſus coniugalis, ſed etiam dotalia inſtrumenta interuenire debent. *d. §. final. & d. §. 1. quod etiam in Nouella 12. & 18. traditum eſt.* Sic in nuptijs inter impares honeſtate perſonas. Vt cum Senator ducit ſcenicam, exigebantur dotalia inſtrumenta *l. ſi donationum. l. imperialis. C. de nuptijs.* Exiguntur etiam hodiè dotalia inſtrumenta ſi viri illuſtres vxorem ducant. In cæterorum nuptijs dotalia inſtrumenta non exiguntur, ſed teſtatio ſufficit quæ fiat apud defenſorem Eccleſiæ tabulis conſignatis defenſoris & teſtium ſubſcriptione, quæ tamen tenuioribus remittitur & agricolis & gregarijs militibus, & his qui nuptias iureiurando affirmant palam in æde ſacra vel tactis diuinis ſcripturis. *Nouell. 74.* quod Iuſtinianus in Nouell. 117. ita emendat vt illuſtres quidem viri contrahant nuptias ſine dotalibus inſtrumentis. Reliqui autem omnes, etiam illuſtres Barbari Romano Imperio ſubiecti contrahant nuptias ſolo conſenſu, ſine dote, aut donatione propter nuptias ſi velint, & ſine teſtatione vel iureiurando. Iure quoque Pontificio nuptialia inſtrumenta neceſſaria non ſunt *gloſſ. c. 1. 30. quæſtion. 5. Couarr. de matrimon. 2. part. c. 8. §. 2. mihi fol. 145.*

A L I V D.

Si quandoque ad contrahendum matrimonium neceſſaria

 ſunt

ſunt dotalia inſtrumenta, vt modo dictum eſt, ſequetur, non recté abſolute & indefinitè dici, matrimonium ſolo conſenſu contrahi. R. Licet quandoque, præter conſenſum, etiam nuptialia inſtrumenta ad matrimonium requiruntur: tamen nihilominus rectè dicimus ſolo conſenſu matrimonium contrahi. Nam & emptio & venditio conſiſtere non poteſt ſine re quæ veneat, itemque ſine pretio, & tamen nihilominus emptio venditio, nudo, hoc eſt, ſolo conſenſu contrahi dicitur, *l. nihil tàm naturale, de R. I.*

ALIVD.

In l. oratione, de ritu nuptiar. dicitur, quod nepote vxorem ducente & filius debeat conſentire, neptis verò ſi nubat, ſufficiat voluntas & autoritas aui. At nepos quàm diu auus viuit, non eſt in poteſtate ſui patris. *§. 1. Inſtitut. quibus mod. ius patriæ poteſtat. ſoluitur.* Nec enim alium in ſua poteſtate habere poteſt qui ſuæ poteſtatis non eſt *vt dicitur in l. ſic eueniet ff. ad l. Iul. de adult.* Igitur in nuptijs non tantum requiritur conſenſus parentum qui liberos in poteſtate habent, verum etiam eorum conſenſus qui liberos non habent in poteſtate. R. Quod conſtitutum eſt vt nepote vxorem ducente & filius conſentiat, hoc ſingulari ratione receptum eſt, quæ ceſſat in nepte nubente. Et Accurſius hanc rationem reddit, quod puellarum nuptiæ non differri ſed quantum fieri poteſt accelerari debeant, ne quid turpe in ſe committant. Franciſcus Connanus aliam rationem reddit lib. 8. hanc nimirum. Qui ex nepote naſcuntur, in familia filij ſunt & ſui heredes. Intereſt autem filij qui familiæ eius inſerantur & quos habeat heredes. Ob id ſapienter conſtitutum eſt, vt nepote vxorem ducente, filius quoque conſentiat. Secus eſt in nepte. Neptis nubens exit è ſua familia, & tranſit in familiam mariti, Fœmina enim ſuæ familiæ finis eſt & caput *l. pronunciatio, in fin. de V. S.* Item qui ex nepte naſcuntur ſui heredes non ſunt. *§. 1. Inſtitut. de heredit. quæ ab inteſtat. deferuntur* & patris ſui non matris familiam ſequuntur *l. familia, de V. S.* Sicque non multum patris videtur intereſſe, cui filia nubat. Idcircò placuit, nepte nubente, ſolius aui authoritatem & voluntatem ſufficere. Ob hanc ipſam rationem, olim filia furioſi

potuit

Digitized by Google

potuit nubere, filius furioſi non potuit vxorem ducere, quod à Iuſtiniano immutatum eſt. §. *vnde quæſitum eſt, Inſtitut. de nuptijs, l. ſi furioſi. C. de nuptijs.*

ALIVD.

Dictum eſt patrem debere conſentire ſi nepos vxorem ducat. Obſtat l. 3. de ritu nuptiar. Ibi Iuriſconſultus inquit. Si nepotem ex filio, & neptem ex altero filio in poteſtate habeam, nuptiæ inter eos me ſolo authore contrahi poſſunt. R. Si nepos extraneam ducat vxorem, tunc & pater conſentire debet. At quando nepos cognatam ſuam ducit, ſufficit authoritas aui. Ratio eſt, quia in duorum fratrum aut ſororum liberis, ceſſat ratio ſupra ex Connano allata.

ALIVD.

Matris conſenſus in nuptijs neceſſarius eſt. *l. r. l. vidua l. in coniunctione. C. de nuptijs.* At mater liberos non habet in poteſtate. *§. fœmina, Inſtitut. de adoption. §. cæteri, Inſtitut. de hered. qualit. & different.* Ergo &c. R. Vulgò dicunt matris conſenſum de honeſtate requiri, non de neceſsitate. Sed rectius dicemus, requiri matris conſenſum ſi pater amplius ſuperſtes non ſit, & hoc eſt ex nouis Imperatorum conſtitutionibus. Et hanc ſententiam verba textus ſuadent.

ALIVD.

Diximus parentum conſenſum in nuptijs neceſſarium eſſe. Obſtat l. qui in prouincia, de ritu nuptiar. Ibi dicitur, qui in prouincia officium aliquod gerit, prohibetur conſentire filio ſuo vxorem ducenti. Hæc lex perſpicuè oſtendit filium non rectè matrimonium contrahere etſi pater conſentiat. R. Iuriſconſultus ibi loquitur de illo, qui officium in prouincia adminiſtrat, is non poteſt, inde oriundam vel ibi domicilium habentem vxorem ducere, non poteſt etiam filio vxorem ducenti, conſentire. Ratio eſt, quia ratio potentatus nuptias prohibet *l. præfectus cohortis, de ritu nuptiar.*

ALIVD.

Sponſalia nudo conſenſu contrahuntur. *l. 1. de ſponſalibus.*

Igitur

Igitur matrimonium nudo conſenſu non contrahitur quia nihil intereſſet inter ſponſalia & matrimonium. R. Hîc nulla eſt ratio conſequẽntiæ. Nam & emptio & venditio conſenſu contrahitur. Contrahitur item locatio & conductio conſenſu, & tamen inde non ſequitur, inter emptionem venditionem, locationem & conductionem nihil intereſſe. Vterque quidem contractus conſenſu perficitur. Verum hic conſenſus non eodem fit animo, nec ad vnum eundemque finem interponitur, ſed ad finem diuerſum. In emptione venditione interponitur conſenſus hoc animo & ad hunc finem, vt res vendita emptori tradatur & pretium venditori numeretur. In locatione & conductione interponitur conſenſus hoc animo & ad hunc finem, vt locator rem vtendam concedat, & conductor det mercedem. Ad eundem modum, in ſponſalibus & nuptijs intercedit conſenſus, ſed alio animo & ad alium finem. In ſponſalibus interponitur conſenſus eo animo & ad hunc finem vt nuptiæ ſtatim non conſtituantur, vt ſtatim nuptiæ non ſint, ſed vt ſint ſponſalia. In matrimonio interponitur conſenſus hoc animo & ad hunc finem, vt matrimonium ſtatim fit & contrahatur. Sponſalia itaque & nuptiæ conſenſu fiunt, ſed conſenſus hic non vniformis ſed diſtormis eſt, & alio animo intercedit in ſponſalibus alio in nuptijs, alio item fine interponitur in ſponſalibus, alio in nuptijs. *Et hæc vera eſſe oſtendit Imperator Iuſtinianus in §. 1. Inſtit. de heredit. quæ ab inteſtat. deferunt. Ibi docet legitimam vxorem eſſe quæ affectione maritali habetur.* Sola igitur affectio maritalis facit matrimonium. In ſponſalibus non eſt maritalis affectio, ſed affectio ſponſalitia. Sic Iuriſconſultus *in l. cum hic ſtatus* inquit, maritalis affectio matrimonium facit non coitus. Affectio hoc eſt conſenſus, facit matrimonium. Affectio, hoc eſt, conſenſus facit etiam ſponſalia. Sed non eadem vtrobique eſt affectio. In matrimonio, eſt maritalis affectio: In ſponſalibus non eſt maritalis affectio, ſed ſponſalitia. Sic Iuſtinianus ſæpius in Nouellis Conſtitutionibus loquitur, γάμικην διάθεσι, hoc eſt nuptialem affectum facere nuptias. Et ſicuti concubina ex ſola animi deſtinatione æſtimatur *l. penult. de concubin.* Ita matrimonium æſtimatur, ex ſola animi deſtinatione, ſponſalia etiam æſtimantur ex ſola animi deſtina-

ſtina-

Digitized by Google

ſtinatione. Et mulier concubina eſt, quando ea animi deſtinatione æſtimatur. Sponſa eſt quando ea animi deſtinatione æſtimatur. Vxor eſt quando ea animi deſtinatione æſtimatur, *ſicuti ſuprà latius expoſui.*

ALIVD.

Dicimus parentum conſenſum in nuptijs neceſſarium eſſe. Obſtat. Definitio debet omnia euoluere quæ ſub nomine quod definitur, continentur. At definitio nuptiarum paterni conſenſus non meminit. Igitur in nuptijs conſenſus patris non eſt neceſſarius. R. ad minorem. Definitio nuptiarum conſenſus paterni non meminit expreſsè ſcilicet, at tacitè meminit. Etenim cum Modeſtinus matrimonium definit maris & fœminæ coniunctionem, non quamcunque coniunctionem intelligit, ſed legitimam tantum. *l. 4. & 10. de ritu nuptiar. §. 1. Inſtit. de nuptijs.* Legitima autem coniunctio conſiſtere non poteſt niſi conſentiant omnes, hoc eſt, qui coëunt, & quorum in poteſtate ſunt. Iuriſconſultus itaque tacitè conſenſus paterni meminit & hoc ſufficit, nec neceſſe eſt vt definitio omnia palam euoluat, quæ ſub definito continentur. Intelligetur hoc ex definitione teſtamenti, in qua non fit expreſſa mentio inſtitutionis heredis, quæ eſt caput ac fundamentum teſtamenti, ſed heredis inſtitutio continetur ſub his verbis, iuſta ſententia.

ALIVD.

Matrimonia debent eſſe libera *l. Titia, de Verbor. obligation. l. nec filium, l. neq; ab initio. C. de nuptijs.* At matrimonia libera non ſunt, ſi parentum conſenſum deſiderant. *Et velle non creditur, qui obſequitur imperio patris vel domini vt dicitur in l. velle, de R. I.* Igitur parentum conſenſus in nuptijs neceſſarius non eſt. R. ad minorem. Matrimonia libera ſunt, etiam tunc cum parentum conſenſu contrahuntur. Hæc lex matrimonijs adſcripta libertatem matrimonij non impedit, vt definitio libertatis oſtendit, quæ libertati certos cancellos circumdedit, & tamen propterea libertas non deſinit eſſe libertas. Et ſicuti tuum dicitur, quod ſub certa lege tuum eſt, nec argumentum eſt, aliquid tuum non eſſe, quia vendere non potes, quia mutare in melius aut deterius non potes, *vt Seneca loquitur.* Ita liberum dicitur, quod ſub

Digitized by Google

certa lege liberum eſt, nec argumentum eſt, matrimonia libera non eſſe, quia parentum conſenſus accedere debet. Libertas itaque matrimoniorum non propterea impeditur quod filius cum patris conſenſu vxorem ducit. Non obſtat quod velle non creditur qui obſequitur imperio patris vel domini. Ea enim regula ad certas facti ſpecies accommodanda eſt, in quibus velle non dicitur qui obſequitur imperio patris vel domini, *vt Petrus Faber ibi explicat.* At aliàs qui alterius conſenſu & voluntate quid facit, voluiſſe videtur. *l. ſi patre cogente, de ritu nuptiarum.*

A L I V D.

Filiusfamiliâs in publicis cauſis pro patrefamiliâs habetur *l. filiusfamilias, de his qui ſunt ſui vel alien. iur. &c.* Et quod ad ius publicum attinet, non ſequitur ius poteſtatis *l. nam quod, ad Trebell.* At nuptiæ ſunt iuris publici *l. 1 ſolut. matrimon.* Igitur in contrahendis nuptijs non requiritur conſenſus patris. Reſpon. Per publicas cauſas & ius publicum Iuriſconſultus intelligit ciuilia ſiue publica officia ſicuti ex exemplis quibus Iuriſconſultus vtitur videre licet. Vt ſi filiusfamilias magiſtratum gerat, aut tutor detur, ciuile ſiue publicum officium habet *l. 2. de R. I.* & ideò pro patrefamilias eſt, *quemadmodum præclarè Taurus Philoſophus etiam cenſuit apud Gellium lib. 2. c. 2.* At matrimonium non eſt ciuile ſiue publicum officium. Inde ſatis apparet ex eo quod dicitur filiumfamilias in publicis cauſis ſiue officijs pro patrefamilias haberi, non rectè inferri, quod filiusfamilias pro patrefamilias habeatur cum vxorem ducit. Quinimò non ſemper filiusfamilias in ijs quæ ſunt iuris publici, pro patrefam. eſt. Intelligitur hoc ex eo quod teſtamenti factio publici iuris eſt *l. 3. de teſtam.* & tamen filiusfamilias teſtari non poteſt.

A L I V D.

DEVS præcepit vt liberi patrem & matrem honorent, colant & reuereantur. Eadem enim pietas & reuerentia patri & matri debetur *l. 1. de obſeq. paren. & patron. præſtand.*

At

At matris conſenſus in nuptijs liberorum non requiritur. Ergò nec patris conſenſus neceſſarius eſt. Reſpon. ad minorem. Matris conſenſus non requiritur in nuptijs, de iure Ciuili. Cæterum quod ad ius diuinum attinet, de quo maior loquitur, dicendum eſt in nuptijs liberorum, non minus matris conſenſum deſiderari quàm patris.

ALIVD.

In ſpiritualibus patris aſſenſus non exigitur. *c. vltim. de iudicijs in 6.* At matrimonium eſt ſpirituale. *c. debitum, de bigamis.* Igitur in nuptijs patris conſenſus non exigitur. R. ad minorem. Licet matrimonium quandoque ſpirituali rei comparatur, tamen non tam quid ſpirituale eſt quàm ciuile & legitimum & contractibus annumeratur. *§. 1. Inſtitut. de nuptijs. l. ſi patre cogente de ritu nuptiar.*

ALIVD.

Filiusfamilias cœlibem vitam profiteri & in cœnobium ſecedere poteſt ſine aſſenſu patris. *l. DEO nobis, §. hoc etiam. C. de Epiſcop. & Cleric.* Igitur filius poteſt etiam ſine aſſenſu patris vxorem ducere. R. monaſterij ingreſſus quandoque matrimonio comparatur. Et ideo ſicuti filia quæ nubit, dotari à patre debet: ita dos danda eſt filiæ quæ monaſterium ingreditur *c. inter corporalia, extra, de translatione. Prælatorum.* Item ſicuti hæc conditio ſi non nupſerit, nihil operatur ſed reijcitur *l. Titiæ ſi non nupſerit & l. cum ita, de condit. & demonſtrat.* Ita nullius eſt momenti conditio, ſi filia monaſterium ingreſſa non fuerit. *Nouell. 123. §. ſi quis ſub conditione.* Cæterum in multis monaſterij ingreſſus à matrimonio differt, ideoque argumentum à monaſterij ingreſſu ad matrimonium non ſemper procedit, *vt ab Eberhardo in Topicis legalibus traditum eſt.*

ALIVD.

Obſtat l. 1. de liber. exhib Ibi dicitur benè concordantia matrimonia iure patriæ poteſtatis turbari non debere. Et ideo pater non debet filiam abducere, quæ ſine conſenſu eius nupſit.

Matrimonium igitur conſiſtit abſque conſenſu parentum. Sic Paulus in 2. ſentent. tit. de nuptijs inquit. Eorum qui in poteſtate patris ſunt, ſine voluntate eius matrimonia iure non contrahuntur, ſed contracta non ſoluuntur. R. Matrimonium abſque conſenſu patris contractum, eſt matrimonium, ſed non eſt iuſtum & legitimum matrimonium, non iuſtæ nuptiæ, non iuſti liberi, ſed iniuſtum matrimonium, iniuſtæ nuptiæ, iniuſti liberi, iniuſta vxor *l. ſi vxor, ad l. Iuliam de adulterijs* & tamen propter publicam vtilitatem, nuptiæ non diſſoluuntur. *Paulus in loco ſuprà dicto.*

ALIVD.

In l. in copulandis. C. de nuptijs dicitur, in copulandis nuptijs, nec curatoris, nec cognatorum vel affinium vlla authoritas interuenire debet, ſed ſpectanda eſt eius voluntas de cuius coniunctione tractatur. Et hoc inquit Antonius Guibertus plenius eſt accipiendum, vt etſi patrem quis habeat, idem tamen ſit iuris. R. Nego reſcriptum Imperatorum plenius accipiendum eſſe. Loquitur reſcriptum de curatore cognatis & affinibus, non de patre. Ergò nec de patre accipiendum eſt.

ALIVD.

Supremæ hominum diſpoſitiones ex alieno arbitrio non debent pendere *l. illa inſtitutio, de hered. inſtituend.* Ergò nec matrimonium debet pendere ex arbitrio parentum. R. Nulla hic eſt ratio conſequentiæ, & diſpoſitio ſuprema hominum multum à matrimonio diſtat. Teſtantur patresfamilias tantum, & quidem puberes *tot. tit. quibus non eſt permiſſum facere teſtamentum in Inſtitut.* Filijfamilias, omninò non teſtantur ne quidem volentibus parentibus *dicto tit. quibus non eſt permiſſ. facer. teſtam.* Et ſi procedet argumentum, à ſupremis voluntatibus ad matrimonium, ſequetur filiosfamilias non poſſe vxores ducere, quia non poſſunt teſtari. At hoc falſum eſt. Ergo & illud.

ALIVD.

Patris voluntas, maximum à nuptijs auocamentum erit, ſi eam exigamus. Namque pater vetulam, deformem & rugis plenam, filio ob diuitias, vxorem eliget, quam is ducere nullo

modo

modo velit. Igitur patris conſenſus in nuptijs neceſſarius non erit. R. Non eſt veriſimile patrem hoc facturum, cum pietas paterna, conſilium pro liberis capiat *l. nec in ea lege, ad l. Iuliam, de adulter.* Et nullus affectus vincit paternum *l. vltim. in princip. C. de curator. furios.* Et ſi amicus amico vult bona, certè pater multo magis vult bona filio. *Bald. in l. precib. C. de impuber. & alijs ſubſtit.* Et pater diligit honorem & incrementum ſuæ prolis ardenti deſiderio. *Bald. c. ſuper eo, de teſtibus.* Quod ſi tamen aliquis talis inueniretur pater qui tale aliquid tentaret, recurrendum eſſet ad l. viduæ. C. de nuptijs, In qua Imperator docet, quando filiæ voluntas, patris repugnat ſententiæ, authoritatem iudiciariæ cognitionis adiungi debere, ita vt potior exiſtimetur is quem ſibi conſulens mulier approbauerit. Idem dicendum erit, ſi filij voluntas, repugnat patris ſententiæ &c.

A L I V D.

Dicimus de iure Canonico requiri conſenſum parentum. Sic enim Euariſtus inquit, non aliter legitimum ſit matrimonium quàm ſi ab his qui ſuper ipſam fœminam dominationem habere videntur, vxor petatur, & à parentibus & propinquioribus ſponſetur *c. non aliter 30. quæſt. 5.* Et Leo ait, paternus conſenſus deſideratur in nuptijs, nec ſine eo legitimæ nuptiæ habentur *c. non omnis 32. queſtion. 2.* Sic Nicolaus Pontifex inquit matrimonium contrahi conſenſu eorum qui coëunt & quorum in poteſtate ſunt. *c. noſtrates 30. queſtion. 5.* Et Ambroſius parentum conſenſum exigit in *c. honorantur 32. queſtion. 2. Et in c. vlt. 32. queſtion. 2.* dicitur extra voluntatem parentum vel ſuam non cogantur vxores accipere. At obijcitur c. ſufficiat 27. quæſtion. 2. Ibi dicitur ſufficiat conſenſus eorum de quorum coniunctionibus agitur. R. Pontifex ibi dicit, ſufficere conſenſum ſecundum leges eorum, de quorum coniunctionibus agitur. His verbis, ſecundum leges Pontifex oſtendit, parentum etiam conſenſum neceſſarium eſſe.

A L I V D.

At obijcitur c. cum locum, Extrà, de ſponſal. ibi dicitur libera debere eſſe matrimonia. R. Libera debent eſſe matrimonia, & tamen non propterea parentum conſenſus excluditur.

Digitized by Google

ALIVD.

Obſtat c. cum cauſa, extra de raptoribus. R. Pontifex ibi non negat parentum conſenſum in filiorum nuptijs intercedere debere, ſed hoc dicit, matrimonium iniuſſu parentum contractum non debere reſolui, maximè ſi concubitus fuerit ſubſecutus quod cum iuris ciuilis diſpoſitione congruit. *Paulus 2. ſentent. tit. 19.*

ALIVD.

In c. tua fraternitas, de ſponſal. dicitur, matrimonium contrahi per legitimum viri & mulieris conſenſum. Ergo parentum conſenſus non eſt neceſſarius. R. Cum Pontifex nominat legitimum conſenſum, non excludit parentum conſenſum.

ALIVD.

In c. cum apud, de ſponſalibus, dicitur, ſufficere ad matrimonium, ſolum conſenſum eorum, de quorum coniunctionibus agitur. R. Cum Pontifex nominat ibi ſolum conſenſum eorum de quorũ coniunctionibus agitur, hoc vult dicere Pontifex, matrimonium contrahi conſenſu, abſq; dote abſq; inſtrumentis dotalibus, abſq; deductione & pompa ſolemni. Et loquitur de ſolo conſenſu eorum qui coëunt, quia de parentum conſenſu Pontifex interrogatus non fuit, ſed de eo an conſenſu contraheretur matrimonium, an verò alia neceſſaria eſſent ad matrimonium vt inſtrumenta dotalia & ſimilia &c.

ALIVD.

In c. vltimo 32. quæſtion. 2. dicitur, viduæ illis nubant, quos propria voluntate elegerint maritos. Ergo parentum conſenſus non eſt neceſſarius. R. Hoc ex eo loco non colligitur ſed potius contrarium, ſiquidem in ſequentibus dicitur, ſimilis conditio & de virginibus habeatur, nec extra voluntatem parentum vel ſuam cogantur vxores accipere.

ALIVD.

In c. cum virum, Extra, de regular. dicitur In ætate nubili conſtituta, quia liberum habet arbitrium, in electione propoſiti, ſequi parentum non cogitur voluntatem. R. Locus ille nobis nihil aduerſatur ſed potius pro nobis facit. Nam in illo loco agitur

Digitized by Google

agitur de muliere quæ in monaſterium detruditur. Hæc ſi ad ætatem nubilem peruenit, hoc eſt, ſi ſit 12. annorum, cogi non poteſt vt voluntatem parentum ſequatur in eligenda monaſtica vita, vel non eligenda, ſicut cogi non poteſt ſequi voluntatem parentum in nubendo. Quod cum iure ciuili congruit, iure ciuili parentum conſenſus eſt neceſſarius, ſed parentes non debent cogere filiam vt inuita nubat cui nollet.

ALIVD.

In c. veniens 1. in fine, de ſponſalibus, dicitur quod pater à cætibus Chriſtianorum arceri debeat, hoc eſt, excommunicari, ſi reſtiterit. Ergò patris conſenſus non eſt neceſſarius. R. Ibi agitur de muliere, quæ publicè in conſpectu Eccleſiæ nupſit. Hoc matrimonium pater turbare non debet, quod cum iure ciuili etiam congruit.

ALIVD.

Matrimonium contractum à filia ſi pater voluiſſet, ſecuto concubitu, ob contrariam patris voluntatem non dirimitur *c. per tuas, de condition. appoſ.* R. Ibi res non eſt integra, igitur matrimonium eſt, ſed non iuſtum.

ALIVD.

Iuſtinianus ſuſtulit differentiam patriæ poteſtatis & emancipationis. *Nouell. 118.* Igitur nos malè differentiam illam retinemus. R. Suſtulit quoad ſucceſsiones ab inteſtato, non quoad alia.

ALIVD.

Malè dicimus requiri conſenſum parentum, quorum in poteſtate liberi ſunt. Nam etiamſi liberi non ſint in poteſtate, tamen debent adhibere conſenſum ſuorum parentum. Probo hac ratione. Naturalia ſunt immutabilia. *§. fin Inſtitut. de iure natural. gent. & ciuili.* Conſenſus parentum eſt iuris naturalis, Ergò immutabilis eſt. R. Naturalia ſunt immutabilia quoad Idæam, At quoad indiuiduũ naturalia ſæpius mutantur, hoc eſt, vt Iuriſcõſulti loquuntur, quoad genus, naturalia ſunt immutabilia, ſed non quoad ſpeciem. *Ita ab Ariſtotele traditum eſt lib. 5. Ethicor. c. 10. Iura, inquit, naturalia perpetuò durant, idæam conſiderando, ſed indiuiduum reſpiciendo mutabilia ſunt, ſicuti vniuerſaliter dextra agilior eſt ſiniſtra manu, etiamſi in hoc vel illo diuerſum contingat.*

Sed

Sed hoc nunc exemplis declarandum eſt. Iure naturali, generaliter proditum eſt, honorare nos debere patrem & matrem. Et hoc ius naturæ eſt immutabile, in ſuo genere. At quod ad ſpeciem attinet, hoc eſt vt honoremus parentes in nuptijs, illud ius naturæ mutatur, propterea quod matrimonium non ſolum iuris naturalis eſt ſed etiam iuris ciuilis. Et iure ciuili liberi in poteſtate ſunt patris non matris. *§. fœmina, Inſtitut. de adoption.* Patris igitur conſenſus naturali ratione in matrimonio requiritur, durante patria poteſtate: ea ſoluta, non item *l. filius, de rit. nuptiar.* Iuris naturæ eſt, ne quis locupletetur cum alterius iactura & damno. *l. nam hoc natura, de condiction. indebit. l. iure natura, de R. I. Et praclarè Cicero, hominem augere ſuum commodum hominis incommodo magis eſt contra naturam quàm mors, quàm paupertas, quàm catera qua homini accidere poſſunt, in 3. officior.* Et hoc ius naturæ immutabile eſt quoad genus, quoad ſpeciem mutari poteſt. Nam contra hoc ius naturæ vſucapio eſt introducta per quam quis locupletatur cum alterius iactura & damno, & recepta eſt, inquit Iuriſconſultus, vſucapio bono publico ne rerum dominia in incerto eſſent *l. 1. de vſurpation. & vſucapion.* Sic libertas iuris eſt naturæ. *§. libertas. Inſtit. de iure perſonar.* Et libertas eſt immutabilis, quoad genus. At quoad ſpeciem hoc eſt homines captiuos mutatur. Captiui enim ſerui fiunt, & immutatur hîc ius naturæ bono publico, ne homines captiui ſine diſcrimine occidantur. *§. ſerui, Inſtitut. de iure perſonar.*

ALIVD.

Etiam filia emancipata debet adhibere conſenſum patris. *l. vidua. C. de nuptijs.* Igitur malè adhuc dicimus requiri conſenſum parentum quorum in poteſtate liberi ſunt. R. Vulgò ita reſpondent, quod traditur in d. l. viduæ, emancipatam, adhibere debere conſenſum patris, de honeſtate procedit non de neceſſitate. *Couarr. in tractat. de matrimon. mihi fol. 56.* Sed rectius dicemus, nouiter hoc conſtitutum eſſe ab Imperatoribus in d. l. viduæ, & neceſſitatis eſſe non tantum honeſtatis vt filia emancipata vidua adhibeat conſenſum patris quamdiu intra viceſimum quintum annum conſtituta eſt.

ALI-

Digitized by Google

ALIVD.

Nuptijs impedimentum nullum adferri debet. *l. cum tale. §. ſi arbitratu, de condit. & demonſtration.* Ergò parentum conſenſus non eſt neceſſarius. R. Parentum conſenſus non eſt impedimentum, quia parentes exoptant benè & honeſtè elocare filias ſuas.

ALIVD.

Nudus conſenſus eſt pactum. *l.1.de pact.* Matrimonium nudo conſenſu conſtituitur. Ergò nudo pacto. R. Nudus conſenſus qui non tranſit in aliud proprium & legitimum nomen eſt pactum At matrimonium conſtituitur nudo conſenſu qui conſenſus tranſit in proprium legitimum nomen & matrimonium dicitur.

XI. Propoſitio.

Et ab hac ſancta iuris ciuilis diſpoſitione, ius Pontificium alienum non eſſe arbitramur. Licet vulgus Interpretum contrarium defendat.

XII.

Deductionis non ſolum Iura ciuilia, ſed alij etiam ſcriptores, cùm Eccleſiaſtici, tum Prophani, frequentem mentionem faciunt.

XIII.

Eaque fiebat veſperi, à tribus pueris prætextatis, patrimis & matrimis: ex quibus duo, nubentem ducebant: tertius faces præferebat: Solemnitatibus alijs quamplurimis adhibitis.

XIV.

Ex quibus in ff. hoc relictum eſt: quod mulier in domo viri, aquâ & igne, excipiebatur: quodque nomine nuptiarum, & vxoris hoc monente, caput nubentis obnubebatur, velamine lutei coloris, quod flaminum dicebatur: & vxor intrans domum viri, poſtes vngebat adipe ſuillo, vel lupino, ne quid mali medicamenti inferretur, vnde vxor quaſi vnxor dicta eſt.

Digitized by Google

Et quamuis non deſint, qui deductionem de ſubſtantia matrimonij eſſe ſtatuant, idque probabiliter defendatur: tamen nos re altiùs perpenſa iure ciuili Romano deductionem ſequelam matrimonij eſſe arbitramur.

ARGVMENTVM. I.

Dicimus deductionem mulieris in domum mariti, de ſubſtantia matrimonij non eſſe. Obſtat l. mulierem, de ritu nuptiar. Vbi dicitur mulierem abſenti poſſe nubere ſi in domum eius deducatur. Deductio igitur omninò neceſſaria eſt ad matrimonium. R. Nuptias cum dicimus, nonnunquam intelligimus matrimonium, vt quarta noſtra propoſitio habet, quod ſolo conſenſu ſiue ſola affectione maritali conſtituitur. Ita Iuſtinianus nuptiarũ nomen accipit in §. 1. Inſtit. de patria poteſt. vbi inquit, nuptiæ ſiue matrimonium ſunt maris & fœminæ coniunctio &c. *Sic nuptiarũ nomen ſumitur in l. 1. de ritu nuptiar. itemq; in l. 2. Eod. tit. Sic nuptiarum nomen accipitur in princip. tit. de nuptijs, cum Iuſtinianus inquit, iuſtas nuptias inter ſe contrahunt &c.* Ita nuptias accipimus, cum dicimus, nuptias non concubitum ſed conſenſum facere *l. nuptias, de R. I. l. cum fuerit de condition. & demonſtrat.* Interdum nuptias accipimus pro ſolemnitate, pompa, feſtiuitate & celebritate quæ adhiberi ſolet, cum nuptiæ celebrantur, vel mulier viro copulatur, vel cum mulier deducitur in domum mariti, vt Romani loquebantur. Ita nuptiarum nomen ſumitur in titulo ſiue Rubrica, de ritu nuptiar. Ita nuptiarum nomen exaudimus, cum in teſtamentis per legatum vel fideicommiſſum aliquid relinquitur ſub conditione ſi mulier nupſerit. Ita nuptiarum nomen accipimus in conuentionibus inter viuos, quoties conuenit vt daretur vel fieret aliquid nuptijs ſecutis. Homines enim in teſtamentis & conuentionibus inter viuos, plerumq; abuſiuè loquuntur, & vt vulgus loquitur: ita vocabulis vtimur *l. non aliter. de legat. 3. qui textus ſummè ad hoc notandus eſt.* Et ideò ſi conuenerit, vt decem darentur tempore nuptiarum, vel ſi legatum aut fideicommiſſum fuerit relictum hoc modo, dicto tempore nuptiarum, vel cum

Digitized by Google

cum nupſerit ſic ea verba accipimus, vt de celebritate, pompa, & feſtiuitate nuptiarum intelligantur, non de tempore quó conſenſu nuptiæ contrahuntur, vel etiam de ætate nubili. *l. ſancimus 24. C. de nuptijs.* Et ſic reſponſum in l. mulierem de ritu nuptiar. referendum eſt ad mulierem cui aliquid fuit promiſſum inter viuos, vel in vltima voluntate donatum ſub conditione ſi nupſiſſet. Id quod promiſſum vel donatum eſt nomine nuptiarum, tunc debetur cum mulier in domum viri deducta eſt, quod fieri poteſt etiam viro abſente. Nuptiarum itaque nomine, in d. l. mulierem, pompa, feſtiuitas & celebritas nuptiarum ſignificatur.

ALIVD.

At rurſus obijcitur l. cum in te. C. de donat. ante nuptias. Ibi vir donauit mulieri decem ipſo nuptiarum die. Quæritur an donatio valeat? Hic videndum eſt vtrum donatio ſit facta inter virum & vxorem, an inter ſponſum & ſponſam. Hoc caſu valet. Illo non item. Nota autem qua cognoſcitur vtrum donatio à marito, an verò à ſponſo facta ſit, eſt deductio mulieris in domum mariti. Si enim vir donauit penes ſe, hoc eſt, poſtquam mulier in domum eius deducta eſt, non valet donatio, quia mulier vxor eius fuit. Si donauit in domo mulieris, hoc eſt, antequam mulier deduceretur in domum ipſius, valet donatio. Deductio itaque de ſubſtantia matrimonij eſſe videtur. R. Ex illo Imperatoris reſcripto colligi non poteſt. deductionem mulieris in domum mariti de ſubſtantia matrimonij eſſe, ſed hoc tantum ex dicto reſcripto colligitur, deductionem mulieris in domum mariti, argumentum eſſe contracti matrimonij. Et quod notandum eſt d. l. cum in te. C. de donat. ante nuptias loquitur in illo caſu cũ ambiguum eſt, vtrum à ſponſo, an à marito donatũ ſit. In ambiguo recurrimus ad hoc argumentũ nempe ad deductionẽ mulieris in domũ viri & inſpicimus, vtrum donatio ante vel poſt deductionẽ mulieris in domũ viri facta ſit. Cæterum cũ ambiguum non eſt, vtrum à ſponſo, an verò à marito donatum ſit, tunc diſtinctione illa nó vtimur, ſed ſi ſponſus dedit, valet donatio, ſi maritus, non valet. Et ſponſus dediſſe videtur, ſi doceatur, mulierẽ & virũ eo animo conſenſiſſe vt ſponſalia inter illos conſtituerentur.

Digitized by Google

Maritus videtur dediſſe, ſi doceatur mulierem & virum eo animo conſenſiſſe, vt matrimonium inter ipſos eſſet.

ALIVD.

At rurſus obijcitur l. penult. de donation inter. vir. & vxor. Ibi Seia cum certa die nuptura eſſet Sempronio, dedit Sempronio decem antequam in domum ipſius deduceretur. Quæſitum fuit à Iuriſconſulto Scæuola, an ea donatio rata eſſet. Scæuola reſpondit, in quærendo non debuiſſe hoc exprimi an donatio ante facta eſſet quàm mulier in domum Sempronij deduceretur, an verò pòſt. Hoc, inquit Scæuola, nihil ad rem facit, ſed tantum inſpici debet, vtrum donatio ante matrimonium contractum facta ſit, an pòſt, ſi ante matrimonium facta eſt, valet, ſi pòſt, non valet. Igitur lex penultima, de donation. inter vir. & vxor. vehementer pugnat cum d. l. cum in te, C. de donat. ante nuptias. Illa lex reijcit diſtinctionem inter factam & non factam deductionem, hæc admittit. R. Dicta l. cum in te C. de donat. ante nuptias. loquitur in illo caſu cum ambiguum eſt, vtrum donatio à Sponſo an à marito facta eſt. Lex verò penultima, de donat. inter vir. & vxor. loquitur in illo caſu quo ambiguum non eſt, vtrum donatio ante vel poſt matrimonium facta eſt, ſed hoc aliunde ſciri poteſt, & hoc caſu non recurrimus ad diſtinctionem illam, vtrum ante vel poſt deductionem donatio fuerit facta.

XVI. Propoſitio.

Aetas porrò iuſta in matrimonijs neceſſaria eſt. Nam maſculi debent eſſe puberes, fœminæ viripotentes.

XVII.

Ac maſculi dicuntur puberes anno 14. fœminæ viripotentes, anno 12.

XVIII.

Eaque tempora naturaliter computantur, non ciuiliter. Ideoque maſculi puberes non ſunt: niſi annum 14. exceſſerint: & fœminæ, non ſunt viripotentes, niſi exceſſerint annum 12.

Pon-

Digitized by Google

XIX.

Pontifices tamen etiam ante hanc ætatem nuptias admittunt, prudentiâ vel malitia ætatem ſupplente.

XX.

Ex l. Poppæa, ſexagenarius non poterat minorem quinquagenariâ, vxorem ducere: nec quinquagenaria, poterat minori ſexagenario nubere.

XXI.

Idque Senatuſconſultum Claudianum in mulieribus probauit: in viris improbauit.

XXII.

Iuſtinianus tandem vetulis quoque opem tulit, ijſq; quibus vellent nubere permiſit.

ADNOTATIO.

Hic quæri poteſt, cur Iura maſculos dicant puberes eſſe vel impuberes, fœminas non item, ſed viripotentes, vel nondum viripotentes, vt in l. 1. §. impuberes, ad Senatuſconſultum Sillan. R. In fœmina, iura vtuntur proprio nomine. In maribus etiam vterentur proprio nomine, ſi quod haberent, ſed quia nullum habent, in ijs puberis nomine vtuntur quod eſt commune vtrique ſexui. Ita Cuiac. in poſterioribus notis ad Inſtitution.

In pubertate autem definienda, diuerſæ ſcholæ authores, hoc eſt Caſsiani & Proculiani inter ſe, vt & aliàs ſæpè diſſenſerunt. Nam Caſsiani eos puberes eſſe volebant qui habitu corporis puberes eſſe aparerent, hoc eſt, qui poſſent generare. Proculiani verò eos, qui quatuordecim annos expleuiſſent. Priſcus quidam illos in quos vtrumque concurreret, & habitus corporis & numerus annorum. Vlpian. in fragm. tit. 11. Cæterum hanc Iuriſconſultorum altercationem & rixam Iuſtinianus diremit, & conſtituit vt maſculi ſint puberes anno 14. fœminæ anno 12 *§. 1. Inſtitut. quibus mod. tutel. finitur.*

Rationes varias reddunt Interpp. noſtri cur citius pubeſcant

Digitized by Google

fœminæ quàm viri. Bald. in c. 3. de deſponſ. impuber. inquit. Fœmina citius conſumitur, & ideò citius perficitur. Hoſtienſis ibidem hanc rationem reddit, quia facilius eſt pati quàm agere, & ideò mulier facilius & ocius eſt parata. Cagnol. in l. 2 de R. I. Accurſius inquit mulierem eſſe malam herbam & ob id citius pubeſcere, ſicuti mala herba citius creſcit quàm bona. Sed vera ratio petenda eſt ex Clemente Alexandrino qui 6. Stromat. tradit, mutationem in maſculo fieri per ſeptenarium, in fœmina per ſenarium. Et hoc Iuriſconſulti ſequuntur in pubertate tantum. In infantiæ & ſtatus definitione inter fœminam & maſculum, nullum diſcrimen faciunt. In pubertate definienda non ſemper eadem ratio obſeruatur. Nam interdum puberes dicuntur qui exceſſerunt annum 14. vel 12. Vt cum de nuptijs quæritur *authore Iuſtiniano in Nouell. 100.* Interdum puberes appellantur qui agunt ſupremum diem anni 14. vel 12. vt cum de teſtamenti factione agitur *l. 5. qui teſtamenta facer. poſſ.* Priori caſu totum extremum diem impleri neceſsè eſt, vt quis ſit pubes. Poſteriori caſu, dies cœptus habetur pro completo. Nec hæc ſunt inter ſe contraria. Variæ enim cauſæ, facilè varias temporum definitiones admittunt. Sic quoque annus cœptus, modò habetur pro completo, modo non, de quo aliàs.

ARGVMENTVM I.

Dicimus Pontifices ante annum 12. vel 14. nuptias admittere. Sed videtur obſtare c. 2. Extra de deſponſat. impuberum. Ibi Pontifex inquit: Non coniungantur aliqui, qui ad ætatem legibus vel Canonibus determinatam non peruenerint. R. Huic capitulo addenda eſt exceptio, niſi prudentia vel malitia ætatem ſuppleuerit *c. de illis qui in minori ætate, & c. final. de deſponſat. impuber.* Malitia verò hæc in duobus conſiſtit, in diſcretione ſcilicet, ad conſenſum coniugalem intelligendum, & in potentia ad carnalem copulam, & ob id hæc malitia, etiam prudentia appellatur. Malitia, hoc eſt, coniunctionis appetitus & generandi facultas, ſupplet ætatem.

ALIVD.

Sed rurſus videtur obſtare c. puberes, de deſponſat. impub. ibi

ibi dicitur certum eſſe, eum eſſe puberem qui ex habitu corporis pubes apparet & generare poteſt. Ergò ætatem non conſideramus in nuptijs ſed generandi potentiam. R. ætatem legitimam in nuptijs conſideramus, iure Canonico, niſi malitia ſuppleat ætatem.

Adnotatio ad theſ. 20.

Lex Papia Poppœa lata eſt authore D. Auguſto. M. Papio & Q. Popœo conſulibus ſuffectis non ordinarijs, *Dio. lib. 56. Cornelius Tacitus lib. 3.* Hac lege quinquagenaria prohibetur nubere minori 60. annis, & ſexagenarius prohibetur minorem quinquagenariâ vxorem accipere. *Vlpian. in fragment. tit. 16.* Hoc poſtea Senatuſconſultum Claudianum in fœminis probauit. *Vlpian. d. tit. 16.* propterea quod fœminæ poſt quinquageſimum annum non pariunt *l. ſi ſterilis, de action. empti. Plinius lib. 7. c. 14. quamuis Ariſtoteles ſcribit eas parere vſque ad annum 55. lib. 5. de hiſtor. animalium c. 14.* In moribus non probauit cum & ſexagenarij idonei ſint ad generandum. *Et Valerius Maximus lib. 8. c. 14. & Iulius Florus c. 50. ſcribunt Maſiniſſam cum ageret 86. annum Methinum genuiſſe, quod & Plinius teſtatur lib. 7. hiſtor. natural. c. 14. qui & illud refert: Catonem Cenſorium octuageſimo anno exacto generaſſe, quod & Plutarchus memoriâ prodidit, in vita illius.* Iuſtinianus tandem quod Senatuſconſultum Claudianum in maribus admiſit, ad fœminas quoque porrexit, & legis Papiæ prohibitionem penitus ſuſtulit *l. penult. de nuptijs.*

A L I V D.

Dicimus porro ex l. Papia Popœa ſexagenarium non poſſe ducere minorem quinquagenaria &c. Obſtat d. l. penult C. de nuptijs. Ibi Iuſtinianus dicit id eſſe ex l. Iulia vel Papia. Reſpon. Quod ponimus in noſtris propoſitionibus, eſt ex l. Papia nô ex l. Iulia, *vt Vlpianus perſpicuè docet, d. tit. 16.* Prior fuit lex Iulia, poſterior Papia. Sic enim Cornelius Tacitus lib. 3. loquitur. Relatum deinde eſt de moderanda Papia Popœa, quam ſenior Auguſtus poſt Iulias rogationes ſanxit. Lex autem Papia in infinitis locis iuris noſtri coniungitur cum l. Iulia *vt in l. 16. & 17. de ſponſalibus l. 21. 27. 29. & 30. cum ſeqq. de rit. nuptiar.* propter materia-

Digitized by Google

materiarum cognationem & affinitatem, & propterea Iuſtinianus etiam l. Iuliam & Papiam coniungit *in d. l. penult C. de nuptijs.*

XXIII. Propoſitio.

Matrimonium non cum omnibus contrahitur. Inter deſcendentes enim, & aſcendentes in infinitum prohibetur.

XXIV.

Non ſolum propterea, vt diuinus Plato cenſuit: quod ex diſcrepantium ætatum coniunctione, nimium imbecilles partus edantur, & parentum prouecta iam ætas, aduleſcentulorum matrimonijs non benè conueniat.

XXV.

Verum etiam idcircò, quod in matrimonijs contrahendis naturale ius, & pudor debeant inſpici: & contra pudorem eſt, filiam, neptem, proneptem, vxorem ducere.

XXVI.

Et vt ſacratiſsimus Imperator Iuſtinianus inquit: huiuſmodi concubitus *πολλα καὶ τῶν αλόγων ἀποστρέφεται ζώων.*

XXVII.

Ex tranſuerſalibus fratris, ſororis filiam, vxorem ducere non licet.

XXVIII.

Sed nec neptem: fratris, vel ſororis, ducere quis poteſt: quamuis in quarto gradu ſit.

XXIX.

Imò nec proneptem fratris, vel ſororis, quæ eſt in quinto gradu, ducere conceſſum eſt: Quia his omnibus parentum loco ſunt.

Duo-

Digitized by Google

XXX.

Duorum autem fratrum, vel ſororum liberi, vel fratris & ſororis coniungi poſſunt.

XXXI.

Quod tamen Romani Pontifices, ineptiſſima vſi ratione, prohibuerunt, matrimonij prohibitionem ad 8. gradum extendentes.

ARGVMENTVM. I.

Dicimus duorum fratrum vel ſororum liberos poſſe coniungi. Obſtat Caius in 1. Inſtitut. tit. 4. Vlpian. in fragment. tit. 5. Theophil. in §. duorum, Inſtit. de nupt. Hi omnes ſcribunt, duorum fratrum vel ſororum liberos coniungi non poſſe. R. Duorum fratrum liberi poſſunt coniungi. *§. duorum, Inſtit. de nuptijs. Idem confirmatur l. 3. de ritu nuptiar.* Ibi Paulus inquit ſi nepotem ex filio & neptem ex altero filio in poteſtate habeam, nuptiæ inter illos me ſolo authore contrahi poſſunt. Sic *in l. non ſolum. §. 1. de ritu nuptiar.* Triphoninus ait, de vno dubitari poteſt &c. Confirmant hoc Arcadius & Honorius *in l. celebrandis, C. de nuptijs.* Theodoſius autem maior, huiuſmodi matrimonia improbauit & prohibuit, *authoribus Aurelio Victore & Paulo Monacho in Theodoſio, & Diuo Ambroſio lib. 8. Epiſtol. ad patern. & conſtat. ex l. vnica. C. ſi nuptiæ ex reſcripto petantur.* Et hæc Theodoſij conſtitutio recepta fuit apud Gythos *vt Caſſiodorus ſcribit lib. 7. Variarum*, & ex Gothorum iure adſcripta eſt negatio ad Caium, Vlpianum & Theophilum. Cæterum poſt mortem Theodoſij, liberi eius Arcadius & Honorius patris conſtitutionem rurſus abrogârunt, & conſobrinorum matrimonia permiſerunt *l. celebrandis. C. de nuptijs.* Et propterea Tribonianus rectè l. 1. C. ſi nuptiæ ex reſcripto petantur interpolauit.

Adnotatio ad theſ. 25.

Cameli nunquam matres ſuas ſuperueniunt. *Ariſtoteles lib. 9. animal. c. 47.* Et cum aliquando curator pullum matri opertæ admiſiſſet, is opertimento delapſo & matre cognita, camela-

rium morſu defixo interemit. Plinius lib. 8. c. 42 ſcribit. Regi Scytharum equam fuiſſe egregiam, ex qua mares generoſi omnes naſcerentur. Aliquando vnus, qui reliquis præſtantior habebatur, matri fuit admiſſus vt ex ea procrearet, ſed id facere recuſauit. Poſtea matrem opertam imprudens ſuperuenit & vbi à concubitu faciem matris detectam agnouit, prærupta perijt & exanimatus eſt. Iohannes Lupus in tract. de matrimon. narrat equum quendam, matrem adopertam compreſsiſſe, & matre poſtea cognita, reclinato capite, genitalia ſibi amputaſſe. Hæc oſtendunt quod contrà naturam ſit parentum & liberorum coniunctio, quod & Honorius & Theodoſius reſcripſerunt in hæc verba. Naturæ fœdus non permittere concubitus cum matribus aut filiabus. *l. eum qui. C. de Epiſcop. & Cleric.* Ideoque Claudius Imperator, fœminam non agnoſcentem filium ſuum, dubia vtrique argumentorum fide ad confeſsionem compulit, indicto matrimonio iuuenis. *Suetonius in Claudio c. 15.*

Et mater Dionyſij Tyranni Siciliæ cum conatus eſſet filius illi ſtuprum inferre dixit, Tyrannum ciuiles leges poſſe mutare non naturales.

ALIVD ARGVMENTVM.

Quod matrimonia non permittuntur inter parentes & liberos, hoc ius moribus eſt receptum *l. 8. & 39. de ritu nuptiar.* Et moribus dicitur eſſe receptum quod iure Ciuili Romano receptum eſt. *§. ex non ſcripto, Inſtitut. de iur. natural. gentium & ciuili.* Sic patria poteſtas dicitur moribus recepta *l. patre furioſo, de his qui ſui vel alien. iuris ſunt.* Pupillaris ſubſtitutio. item *l. 2. de vulgar. & pupillar. ſubſtit.* Item donationes inter virum & vxorem *l. 1. de donat. inter virum & vxorem.* Igitur iure naturæ matrimonia non prohibentur inter parentes & liberos. R. Mores plerumque ſignificant ius ciuile Romanum quod conſuetudine, ſine ſcripto eſt receptum. At interdum mores etiam ſignificant tacitum conſenſum omnium gentium. Et ſic moribus eſt rece-

230

receptum ne fiant matrimonia inter parentes & liberos id eſt, tacito conſenſu omnium gentium. Et cum iuriſgentium hoc ſit, eſt ſimul etiam iuris naturæ *vt textus eſt in §. per traditionem, Inſtitut. de rerum diuiſion.*

Propoſitio XXXII.

Soluitur matrimonium morte naturali.

XXXIII.

Et viro mortuo, mulier virum lugere debet per annum.

XXXIV.

Seque abſtinere à conuiuijs, ornamentis, & albâ veſte.

XXXV.

Si nupſerit intra annum luctus, nuptiæ quidem illegitimæ non ſunt: ſed mulier infamiâ notatur, alijſque pœnis ſubijcitur: licet pepererit.

XXXVI.

Pontifices tamen, mulieri intra annum luctus nubenti, infamiam remittunt.

XXXVII.

Viro nullum lugendi tempus præſcriptum eſt, ſic Iuriſconſulto dicente: Viri vxores lugere non compelluntur: Itaque vir, vel ſtatim aliam vxorem ducere poteſt.

XXXVIII.

Ciuili morte, vtputa maximâ, vel mediâ capitis diminutione, matrimonium non ſoluitur.

Digitized by Google

XXXIX.

Deinde viro, vel muliere, matrimonij fidem non ſeruante, matrimonium quoque diſſoluitur.

ANNOTATIO.

Mulier quæ nubit intra annum luctus quinq; pœnis cohercetur. Primum fit infamis idque eſt ex edicto Prætoris, de his qui notantur infamia. Ex illo etiam edicto infamia notatur qui ſciens mulierem ducit intra annum luctus, itemque pater in cuius poteſtate mulier eſt ſi non contradixerit. Infamia autem multa incommoda ſecum trahit, de quibus hic non eſt dicendi locus. Deinde non poteſt ſecundo marito plus in dotem dare vel teſtamento relinquere quàm tertiam partem bonorum. *l. 6. de vulgar. ſubſtitut. l. 55. §. vltim. de legat. 2.* Tertio non eſt cum muliere, quæ nupſit intra annum luctus, teſtamenti factio, hoc eſt, nihil poteſt capere ex teſtamento vel codicillis, vel donatione cauſa mortis. Quarto, quæ prior maritus mulieri reliquit, auferuntur indignæ. Denique non poteſt, quæ nupſit intra annum luctus, agnatis vel cognatis, ſuccedere ab inteſtato vltra tertium gradum. Hæ ſunt pœnæ mulierum nubentium intra annum luctus. Sed pœnæ infamiæ, Pontificum decretis abolita eſt *c. vlt. & penult. Extra de ſecund. nupt.* Reliquas pœnas Pontifices aboleuiſſe non inuenio. Sed tamen Principis indulgentia & ſingulari Principis beneficio, omnes aliæ pœnæ remitti poſſunt maximè ſi ex priori matrimonio non exiſtant liberi. Liberis exiſtentibus, non aliter Princeps pœnas legitimas remittit, quàm ſi mulier tempore ſecundarum nuptiarum ſemiſſem relinquat liberis prioris matrimonij.

Mulier virum lugere debet, & intra legitimum tempus impunè non nubit *διὰ τὸ μὴ σύγχυσιν γίνεσθαι τῆς γονῆς, καὶ διὰ τὴν ὀφειλομένην αἰδῶ καὶ τιμὴν τῷ ἀνδρί*, vt Harmenop. lib. 4. tit. 6. inquit. Legitimum verò illud tempus, olim decem menſibus concludebatur *l. 2. C. de ſecund. nuptijs*, quòd illud extremum naſcendi tempus eſt *l. Gallus, de liber. & poſthumis.*

Ouidius de decem menſibus loquens in 1. Faſtor. inquit.

Per totidem menſes à funere coniugis, vxor,
Suſtinet in vidua, triſtia ſigna domo.

Et rurſus in 3. Faſtor.

Aſſuetos igitur numeros ſeruauit in anno,
Hoc luget ſpacio, fœmina mœſta virum.

Poſtea Theodoſius duos menſes adiecit, atque ita lugendi tempus annum factum eſt *d. l. 2. C. de ſecund. nuptijs. Seneca lib. 8. Epiſtol. Epiſtol. 64.* Annum fœminis ad lugendum conſtituere maiores, viris, nullum legitimum tempus eſt, quia nullum honeſtum.

ARGVMENTVM. I.

Dicimus mulierem non impunè nubere intra annum luctus etſi pepererit. Obſtat l. liberorum, de his qui not. infam. Ibi Iuriſconſultus inquit. Pomponius ait, eam quæ legitimum partum ediderit, ſtatim poſſe nuptijs ſe collocare. Et ſubijcit Iuriſconſultus ego puto, verum id eſſe. R. Iuriſconſultus ibi loquitur de tali marito quem more maiorum lugeri non oportet. Si mulier poſt mortem viri peperit & maritus talis fuit quem lugeri non oportet, poteſt mulier, poſtquam partum edidit, intra annum luctus impunè nubere. Aliàs ſecus eſt. Lugeri autem non ſolent hoſtes, perduellionis damnati, ſuſpendioſi & alij, *vt Iuriſconſultus docet in d. l. liberorum.*

ALIVD.

Dicimus fœminam intra annum luctus ſe abſtinere debere à conuiuijs, ornamentis & alba veſte. At hic triſtior habitus mulieri eſt remiſſus *l. decreto, C. ex quibus cauſ. infam. irrogatur.* R. Vulgò exiſtimant eius legis ſententiam hanc eſſe, quod mulier quæ virum luget, poſſit vti alba veſte & ornamentis. Sed ea lege, lugubris & triſtior habitus, mulieri non remittitur, ſed ſententia legis hæc eſt. Ampliſsimus ordo, hoc eſt, ſenatus, interdum minuit luctum fœminarum, vel in honorem Principis, vel propter rem proſperè & fœliciter geſtam, vel publicæ congratulationis

 cauſa.

cauſa. Et cum luctus fœminarum, decreto ampliſsimi ordinis minuitur, remittitur quoque mulieri triſtior habitus & cætera id genus inſignia *vt loquitur Imperator in d. l. decreto. C. ex quibus cauſ. infam. irrogatur*, hoc eſt, tunc licet mulieri lugubria deponere & ſumere hilariora.

ALIVD.

Dicimus nuptias illegitimas non eſſe, ſi mulier nubat intra annum luctus. Contra. Quod legitimum eſt pœnam non meretur *l. Grachus. C. ad l. Iul. de adult.* Hinc Iuriſconſultus dicit, concubinatum extra legis pœnam eſſe, quia per leges nomen aſſumſit. *l. 3. §. final. de concub.* Sed mulier quæ nubit intra annum luctus, punitur infamiâ & alijs pœnis, vt nos hîc aſſerimus. Igitur nuptiæ intra annum luctus contractæ, legitimæ non ſunt, ſed illegitimæ. R. Nuptiæ quas mulier contrahit intra annum luctus, legitimæ nuptiæ ſunt: *Textus eſt expreſſus in Nouell. 30.* Et quod legitimum eſt, pœnæ etiam quandoque ſubijcitur, cum lex magis id permittit quàm probat, vt ſecundas nuptias lex magis permittit quàm probat. Et ſemper honoratiores fuerunt, vniuiræ, vnicubæ, quæ vno matrimonio contentæ fuerunt quàm quæ ad ſecunda vota tranſierunt. Valerius Maximus ſecundas nuptias legitimæ intemperantiæ ſignum appellat. Et propterea Apoſtolus quoq; Epiſcopum, vnius vxoris maritum eſſe vult, non bimaritum. Et quod id quod legitimum eſt, pœnis quandoque etiam ſubijciatur, ex eo intelligitur quod mulier etiam poſt annum luctus iterum nubens, plurimis pœnis afficitur, *de quibus in Nouella 22. de his qui nuptias iterant.*

ALIVD.

Sed rurſus inſtari poteſt hoc modo. Imperatores in l. 1. C. de ſecund. nuptijs. Secundas nuptias appellant immaturas nuptias immaturum matrimonium. Sed quod immaturum eſt non eſt legitimum *l. cum hic ſtatus. §. ſi quis ſponſam, de donat. inter vir. & vxor.* Vt ſi minor duodecim annis nubat, immaturæ ſunt nuptiæ, ideoque non eſt vxor. *d. §. ſi quis ſponſam,* ſed tunc demum legitima vxor erit cum apud virum 12. annos expleuerit *l. minorem, de ritu nuptiar.* Igitur nuptiæ etiam legitimæ non ſunt cum mulier intra annum luctus nubit. R. Immaturum quandoque

dicitur

Digitized by Google

dicitur quod legitimum eſt. Quandoque etiam immaturum cum dicimus, illegitimum intelligimus. Vt cum minor 12. annis nubit, hæ nuptiæ ſunt immaturæ, quia lex huiuſmodi nuptias non permittit. Non probat lex huiuſmodi nuptias non permittit quoque. Ideoque immaturæ ſunt & illegitimæ. Sed ſecundas nuptias lex intra tempora luctus permittit, licet non probat, ideoque immaturæ dicuntur nuptiæ non quod illegitimæ ſunt, ſed quia ante tempus ſunt contractæ. Hinc Iuſtinianus in Nouell. 22. & in Nouell. 39. ſecundas nuptias, ἀώρους appellat, hoc eſt, intempeſtiuas.

ALIVD.

Mulier poteſt ſponſalia contrahere intra annum luctus impunè *l. ſolet, de his qui notantur infam.* Ergò & nubere poteſt impunè. Quæ enim de ſponſalibus dicuntur, etiam ad nuptias pertinent *l. tutor, de ſponſalibus.* R. Quæ de ſponſalibus dicuntur, ad nuptias pertinent, ſi eadem vtrobique fuerit ratio. Aliàs ſecus eſt. Vt Senator libertinam non ducit, ne ordo Senatorius contaminetur aut dedecoretur. Sola etiam diſpenſatio turpitudinem habet, & ideò prohibitio ad ſponſalia quoque extenditur. Sic tutor pupillam non ducit, quia ideo videtur ducere, ne finita tutela rationem reddat. Ob eandem cauſam contrahere videtur ſponſalia, ideoque vt nuptiæ ita ſponſalia prohibeantur. Secus eſt in muliere, quæ virum lugere debet. Hic ſponſalia permittuntur, non nuptiæ, quia in ſponſalibus ceſſant rationes ob quas mulier impunè non nubit. Sola namque ſponſalia, nullam ſanguinis turbationem adferunt nec quicquam reuerentiæ maritali detrahunt. Ideoq; quæ virum eluget ſponſam intra id tempus fuiſſe non nocet. *l. ſolet, cum ſeq. de his qui not. infam.*

Quod iure Pontificio Infamia remittitur mulieri quæ nubit intra annum luctus traditum eſt in c. vltim. & penult. C. de ſecund. nuptijs.

ALIVD.

Dicimus conſiderandum non ſolum quod licet, verumetiam quod eſt honeſtum. An igitur aliquid licet quod honeſtum non eſt? Reſpon. Ita. l. non omne, de R. I. Non omne, inquit Iuriſconſultus, quod licet honeſtum eſt *l. ſemper, de ritu nuptiar.*

Cicero

Cicero pro Balbo. Eſt, inquit, aliquid, quod non oporteat, etiamſi licet, quicquid verò non licet, certè non oportet. Quicquid enim non licet honeſtum non eſt, ideoq; non oportet. At non quicquid licet, id etiam honeſtum. Idem pro Rabir. Poſth. Hic inquit, iudices veſtri conſilij eſt, veſtræ ſapientia, quid deceat vos, non quantum liceat vobis ſpectare debetis. Hinc Claudianus Honorium monet, vt non quid liceat ſed id quod deceat, in vita atq; imperij ratione inſtituenda ſpectet,

Sed comprime motus
Nec tibi quid liceat ſed quid feciſſe decebit
Occurrat, mentemq; domet reſpectus honeſti.

ALIVD.

Dicimus ciuili morte matrimonium non ſolui. Contra. Aquæ & ignis interdictio, in cuius locum ſucceſsit deportatio, eſt mors Ciuilis, hoc eſt, media capitis diminutio. At deportatione matrimonium ſoluitur *l. ſi quis ſic ſtipuletur, ſolut. matrimon.* Ibi Paulus tradit, ſtipulatione ad hunc modum concepta, ſi quo caſu Titia tibi nupta eſſe deſierit, dotem dabis, ſtipulationem eſſe commiſſam, ſi Titia deportata fuerit. Ergo ciuili morte. Reſpon. Deportatione non ſoluitur matrimonium iuregentium quod in nuptijs potiſsimum ſpectamus *l. adoptiuus. §. 1. de ritu nuptiar. Textus ſunt in l. 1. C. de repudijs l. res vxoris. C. de donation. inter vir. & vxor. l. ſed ſi mors, de donation. inter vir. & vxor. l. ſed ſi alia lege, de bonis damnator.* At iure Quiritum matrimonium deportatione ſoluitur, & de iure Quiritum eſt intelligendum quod Paulus tradit in d. l. ſi quis ſic ſtipuletur, *Cuiacius in Nouella 22.*

ALIVD.

Matrimonium ſoluitur ſeruitute *l. 1, de diuortijs & repudijs. l. ſi ab hoſtibus l. ſi quis, ſolut. matrimon. l. in bello. §. medio, de captiuis & poſtlim. reuerſ.* Sic matrimonium ſoluitur quando quis ſeruus pœnæ fit. *Nouell. 22.* Serui pœnæ dicuntur qui vel in metallum damnantur, vel ad beſtias vel ad ſeruum. Metalli pœnam Tarquinius Superbus excogitauit. *Eutrop. lib. 1. cap. 10. & Suidas in verbo Superbus.* Et in metallum dicuntur damnari, qui cum deliquerunt vinculis additis ad inquirendas eruendaſq; venas damnantur.

Digitized by Google

nantur. Ad beſtias damnantur, qui in hoc damnantur vt beſtijs ſubijciantur, & hi ſolebant ad ſtipitem allegari authore Vopiſco. Ad ferrum damnantur qui in ludum gladiatorium damnantur. *l. 1. § final. qui teſtam. facer. poſſ.* quos Vlpianus dixit ad gladium damnari. Igitur malè nos dicimus matrimonium ciuili morte non ſolui. R. Olim matrimonium ſeruitute ſoluebatur, hodiè non ſoluitur, vt puta captiuitate. Sed quamdiu certum eſt captiuum viuere, alter coniugium nō captus, ad ſecundas nuptias venire non poteſt, niſi mulier dote, & vir donatione propter nuptias mulctari velit Si incertum hoc ſit, ad quinquennium eſt exſpectandum, poſt quinquennium nuptiæ impunitæ ſunt. *Nouell. 22.* Sic olim cum ſeruus pœnæ fiebat maritus, matrimonium ſoluebatur. *d. Nouell. 22.* Hodiè ſecus eſt. Sic deportatione olim matrimonium ſoluebatur vt ſuprà dictum eſt. Hodiè non item quod & Iuſtinianus probat *in d. Nouell. 22.*

XL. Propoſitio.

Ita vt innocenti parti, aliud matrimonium inire permittatur.

XLI.

Quamuis Pontifices ſeparationem, quoad thorum duntaxat permittant.

XLII.

Quam & Ciuilia, & Pontificia iura, ob mariti ſæuitiam concedunt.

XLIII.

Si is non præſtet ſufficientem cautionem, de non offendenda vxore.

XLIV.

Denique vxor contra huiuſmodi crudelem maritum, actione in factum, vt puniatur, agere poteſt.

ARGVMENTVM I.

Sacrilegi nuptiarum, gladio puniuntur. *l. quamuis. C. ad l. Iuliam de adulter.* hoc eſt, adulteri vltimo ſupplicio afficiuntur.

Digitized by Google

Igitur fruſtra diſputamus vtrum adulterio commiſſo, innocenti parti aliud matrimoniũ liceat iniure, an verò fiat ſeparatio quo ad thorum tantum. Reſpon. Olim vſque ad Auguſtum Imperatorem, nulla certa pœna fuit adulterij, ſed impudicarum mulierum cohercitionem propinqui ac neceſſarij habebant, qui in eas pro ſuo arbitrio ſtatuebant. *Suetonius in Tiberio c. 35. Tacitus lib. 2. Liuius lib. 10.* Poſtea D. Auguſtus legem tulit de adulterijs & ſtupris *l. 1. ad l. Iuliam de adulter.* Ex illa l. Iulia de adulterijs, pœna adulterij non fuit capitalis *vt conſtat ex l. qui teſtamento. §. mulier, qui teſtament. facere poſ.* Ibi Vlpianus docet quod mulier in teſtamento, teſtis non poteſt eſſe, alias autem inquit mulierem teſtem eſſe poſſe, argumento eſt lex Iulia de adulterijs, quæ adulterij damnatam produci, vel teſtimonium dicere vetat. Idem intelligitur ex eo quod Senatus cenſuit, non eſſe conueniens vlli Senatori ducere mulierem quæ adulterij ſit damnata *l. palàm. §. ſenatus, de rit. nuptiar.* Conſtitit ergo pœna adulterij intrà relegationem *l. ſi quis viduam, de quæſtion.* Ibi adulterio cum inceſtu, irrogatur deportatio. Simplex ergò ſi fuerit adulterium, proximus erit pœnæ gradus relegatio. Poſtea autem Conſtantius & Conſtans adulterium capitale fecerunt. *l. 4. C. Theod. quorum. appellatio. non recipiantur.* Ex illa lege conſtitutioni Conſtantini addita ſunt hæc verba, ſacrilegos nuptiarum gladio puniri oportet *l. quamuis. C. ad l. Iuliam de adulter.* Iuſtinianus poſtea pœnam capitalem in maſculis probauit, & mulierem verberibus cæſam in monaſterium detrudi præcepit. *Nouello 134.* Poſt Iuſtinianum Leo Imperator pœnam capitalem rurſus abrogauit & conſtituit vt adultero & adulteræ naſus abſcindatur. *Nouell. 32.* ſed hæc Nouell. Leonis in corpore iuris non extat, ſed inter reliquas Leonis Nouellas reperitur. Etſi autem ex conſtitutione Conſtantis & Conſtantij adulterium capitale eſt, & ex conſtitutione Iuſtiniani, adulter tantum capite plectitur, non adulteria: tamen apud nos ferè adultera capitaliter non puniuntur. Fit etiam ſæpè, vt vel adulter, vel adultera elabatur, aufugiat. Hinc quæritur an innocens pars, matrimonium aliud contrahere poſsit? Et dicimus poſſe iure ciuili & diuino matrimonium permitten-

mittente. Iure enim ciuili propter adulterium diuortium permittitur *l. conſenſu. C. de repudijs. Et Matth. 19. ſcriptum eſt.* Quicunque dimiſerit vxorem, niſi ob fornicationem, & aliam duxerit, mœchatur. Iure Canonico adulteria capitalia non ſunt, & admittit ius Canonicum propter adulterium thori ſeparationem duntaxat.

Diuus Auguſtinus lib. vnic. de fide & operibus c. 19. tradit, hanc quæſtionem valdè dubiam & in diuinis ſcripturis obſcuram eſſe, vtrum marito aliam vxorem ducere liceat, vxore repudiata ob fornicationem. Et quidem D. Ambroſ. *in 1. ad Corinth. c. 7.* exiſtimat, id licere marito, non tamen vxori, eius ſententiam retulit Gratianus *32. quæſtion. 7. c. vxor à viro, dicens c. ſequenti*, eam falſo adiectam Ambroſio vel intelligendam vxore mortua, quorum vltimũ repugnat expreſsè Ambroſio, primum verò non conſtat. Ambroſij opinionem amplectitur Lactantius, Firmianus *lib. 6. diuina: Inſtit. c. 23.* Sed D. Hieronymus contrariam opinionem probat, quam Gratianus refert *c. dixit dominus 32. quæſtion. 21.* Probat textus *in c. gaudemus, de diuort. c. ex parte, Extra de ſponſalibus c. per venerabilem, qui filij ſunt legit.* Ibi Pontifex inquit etſi fides thori eſt vnum de tribus bonis coniugij, non tamen ipſius violatio, coniugale vinculum violaſſet. Atque definitum eſt ita in Concilio Florentino, Colonienſi, Africano ſeu Mileuitano. Denique hanc ſententiam Auguſtinus comprobat *lib. 1. de adult. coniug. ad Pollentium c. 8. & 9. & in lib.* 1. *de bono coniugali c. 7. à Gratiano relatus. c. 1. & 2. & c. quemadmod. 32. quæſt. 7.*

ALIVD.

Dicimus Pontifices admittere ſeparationem quoad thorum tantum. Obſtat. c. quod propoſuiſti c. quædam cum fratre c. ſi quis viduam c. concubuiſti 32. quæſtion. 7. Ibi innocenti perſonæ, ſecundæ nuptiæ permittuntur. R. Cum adulterium committitur cum ijs, cum quibus matrimonium eſſe non poteſt, tunc innocenti perſonæ nuptijs non interdicitur. Et hanc ſaltem ſpeciem Canones exceperunt, propterea quod hæc eſſe non videtur, vt quæ polluit ſe tam nefario facto ad priorem maritum reuertatur. Mariti tamen conſcientiæ conſulendum eſt, & non idcircò Canones marito alteras nuptias concedũt, ſi continere ſe poteſt *Theo. Beza in tract. de repudijs.*

Digitized by Google

rium morſu defixo interemit. Plinius lib. 8. c. 42 ſcribit. Regi Scytharum equam fuiſſe egregiam, ex qua mares generoſi omnes naſcerentur. Aliquando vnus, qui reliquis præſtantior habebatur, matri fuit admiſſus vt ex ea procrearet, ſed id facere recuſauit. Poſtea matrem opertam imprudens ſuperuenit & vbi à concubitu faciem matris detectam agnouit, prærupta perijt & exanimatus eſt. Iohannes Lupus in tract. de matrimon. narrat equum quendam, matrem adopertam compreſsiſſe; & matre poſtea cognita, reclinato capite, genitalia ſibi amputaſſe. Hæc oſtendunt quod contra naturam ſit parentum & liberorum coniunctio, quod & Honorius & Theodoſius reſcripſerunt in hæc verba. Naturæ fœdus non permittere concubitus cum matribus aut filiabus. *l. eum qui. C. de Epiſcop. & Cleric.* Ideoque Claudius Imperator, fœminam non agnoſcentem filium ſuum, dubia vtrique argumentorum fide ad confeſsionem compulit, indicto matrimonio iuuenis. *Suetonius in Claudio c. 15.*

Et mater Dionyſij Tyranni Siciliæ cum conatus eſſet filius illi ſtuprum inferre dixit, Tyrannum ciuiles leges poſſe mutare non naturales.

ALIVD ARGVMENTVM.

Quod matrimonia non permittuntur inter parentes & liberos, hoc ius moribus eſt receptum *l. 8. & 39. de ritu nuptiar.* Et moribus dicitur eſſe receptum quod iure Ciuili Romano receptum eſt. *§. ex non ſcripto, Inſtitut. de iur. naturál. gentium & ciuili.* Sic patria poteſtas dicitur moribus recepta *l. patre furioſo, de his qui ſui vel alien. iuris ſunt.* Pupillaris ſubſtitutio. item *l. 2. de vulgar. & pupillar. ſubſtit.* Item donationes inter virum & vxorem *l. 1. de donat. inter virum & vxorem.* Igitur iure naturæ matrimonia non prohibentur inter parentes & liberos. R. Mores plerumque ſignificant ius ciuile Romanum quod conſuetudine, ſine ſcripto eſt receptum. At interdum mores etiam ſignificant tacitum conſenſum omnium gentium. Et ſic moribus eſt rece-

receptum ne fiant matrimonia inter parentes & liberos id eſt, tacito conſenſu omnium gentium. Et cum iuriſgentium hoc ſit, eſt ſimul etiam iuris naturæ *vt textus eſt in §. per traditionem, Inſtitut. de rerum diuiſion.*

Propoſitio XXXII.

Soluitur matrimonium morte naturali.

XXXIII.

Et viro mortuo, mulier virum lugere debet per annum.

XXXIV.

Seque abſtinere à conuiuijs, ornamentis, & albâ veſte.

XXXV.

Si nupſerit intra annum luctus, nuptiæ quidem illegitimæ non ſunt: ſed mulier infamiâ notatur, alijſque pœnis ſubijcitur: licet pepererit.

XXXVI.

Pontifices tamen, mulieri intra annum luctus nubenti, infamiam remittunt.

XXXVII.

Viro nullum lugendi tempus præſcriptum eſt, ſic Iuriſconſulto dicente: Viri vxores lugere non compelluntur: Itaque vir, vel ſtatim aliam vxorem ducere poteſt.

XXXVIII.

Ciuili morte, vtputa maximâ, vel mediâ capitis diminutione, matrimonium non ſoluitur.

Digitized by Google

XXXIX.

Deinde viro, vel muliere, matrimonij fidem non ſeruante, matrimonium quoque diſſoluitur.

ANNOTATIO.

Mulier quæ nubit intra annum luctus quinq; pœnis cohercetur. Primum fit infamis idque eſt ex edicto Prætoris, de his qui notantur infamia. Ex illo etiam edicto infamia notatur qui ſciens mulierem ducit intra annum luctus, itemque pater in cuius poteſtate mulier eſt ſi non contradixerit. Infamia autem multa incommoda ſecum trahit, de quibus hic non eſt dicendi locus. Deinde non poteſt ſecundo marito plus in dotem dare vel teſtamento relinquere quàm tertiam partem bonorum. *l. 6. de vulgar. ſubſtitut. l. 55. §. vltim. de legat. 2.* Tertio non eſt cum muliere, quæ nupſit intra annum luctus, teſtamenti factio, hoc eſt, nihil poteſt capere ex teſtamento vel codicillis, vel donatione cauſa mortis. Quarto, quæ prior maritus mulieri reliquit, auferuntur indignæ. Denique non poteſt, quæ nupſit intra annum luctus, agnatis vel cognatis, ſuccedere ab inteſtato vltra tertium gradum. Hæ ſunt pœnæ mulierum nubentium intra annum luctus. Sed pœnæ infamiæ, Pontificum decretis abolita eſt *c. vlt. & penult. Extra de ſecund. nupt.* Reliquas pœnas Pontifices aboleuiſſe non inuenio. Sed tamen Principis indulgentia & ſingulari Principis beneficio, omnes aliæ pœnæ remitti poſſunt maximè ſi ex priori matrimonio non exiſtant liberi. Liberis exiſtentibus, non aliter Princeps pœnas legitimas remittit, quàm ſi mulier tempore ſecundarum nuptiarum ſemiſſem relinquat liberis prioris matrimonij.

Mulier virum lugere debet, & intra legitimum tempus impunè non nubit *διὰ τὸ μὴ συγχυσιν γίνεσθαι τῆς γονῆς, καὶ διὰ τὴν ὀφειλομένην αἰδῶ καὶ τιμὴν τῷ ἀνδρί*, vt Harmenop. lib. 4. tit. 6. inquit. Legitimum verò illud tempus, olim decem menſibus concludebatur *l. 2. C. de ſecund. nuptijs*, quod illud extremum naſcendi tempus eſt *l. Gallus, de liber. & poſthumis.*

Ouidius

Ouidius de decem menſibus loquens in 1. Faſtor. inquit.

Per totidem menſes à funere coniugis, vxor,
Suſtinet in vidua, triſtia ſigna domo.

Et rurſus in 3. Faſtor.

Aſſuetos igitur numeros ſeruauit in anno,
Hoc luget ſpacio, fœmina mæſta virum.

Poſtea Theodoſius duos menſes adiecit, atque ita lugendi tempus annum factum eſt *d. l. 2. C. de ſecund. nuptijs. Seneca lib. 8. Epiſtol. Epiſtol. 64.* Annum fœminis ad lugendum conſtituere maiores, viris, nullum legitimum tempus eſt, quia nullum honeſtum.

ARGVMENTVM. I.

Dicimus mulierem non impunè nubere intra annum luctus etſi pepererit. Obſtat l. liberorum, de his qui not. infam. Ibi Iuriſconſultus inquit. Pomponius ait, eam quæ legitimum partum ediderit, ſtatim poſſe nuptijs ſe collocare. Et ſubijcit Iuriſconſultus ego puto, verum id eſſe. R. Iuriſconſultus ibi loquitur de tali marito quem more maiorum lugeri non oportet. Si mulier poſt mortem viri peperit & maritus talis fuit quem lugeri non oportet, poteſt mulier, poſtquam partum edidit, intra annum luctus impunè nubere. Aliàs ſecus eſt. Lugeri autem non ſolent hoſtes, perduellionis damnati, ſuſpendioſi & alij, *vt Iuriſconſultus docet in d. l. liberorum.*

ALIVD.

Dicimus fœminam intra annum luctus ſe abſtinere debere à conuiuijs, ornamentis & alba veſte. At hic triſtior habitus mulieri eſt remiſſus *l. decreto, C. ex quibus cauſ. infam. irrogatur.* R. Vulgò exiſtimant eius legis ſententiam hanc eſſe, quod mulier quæ virum luget, poſſit vti alba veſte & ornamentis. Sed ea lege, lugubris & triſtior habitus, mulieri non remittitur, ſed ſententia legis hæc eſt. Ampliſsimus ordo, hoc eſt, ſenatus, interdum minuit luctum fœminarum, vel in honorem Principis, vel propter rem proſperè & fœliciter geſtam, vel publicæ congratulationis

 cauſa.

cauſa. Et cum luctus fœminarum, decreto ampliſsimi ordinis minuitur, remittitur quoque mulieri triſtior habitus & cætera id genus inſignia *vt loquitur Imperator in d. l. decreto. C. ex quibus cauſ. Infam. irrogatur*, hoc eſt, tunc licet mulieri lugubria deponere & ſumere hilariora.

ALIVD.

Dicimus nuptias illegitimas non eſſe, ſi mulier nubat intra annum luctus. Contra. Quod legitimum eſt pœnam non meretur *l. Grachus. C. ad l. Iul. de adult.* Hinc Iuriſconſultus dicit, concubinatum extra legis pœnam eſſe, quia per leges nomen aſſumſit. *l. 3. §. final. de concub.* Sed mulier quæ nubit intra annum luctus, punitur infamiâ & alijs pœnis, vt nos hîc aſſerimus. Igitur nuptiæ intra annum luctus contractæ, legitimæ non ſunt, ſed illegitimæ. R. Nuptiæ quas mulier contrahit intra annum luctus, legitimæ nuptiæ ſunt. *Textus eſt expreſſus in Nouell. 39.* Et quod legitimum eſt, pœnæ etiam quandoque ſubijcitur, cum lex magis id permittit quàm probat, vt ſecundas nuptias lex magis permittit quàm probat. Et ſemper honoratiores fuerunt, vniuiræ, vnicubæ, quæ vno matrimonio contentæ fuerunt quàm quæ ad ſecunda vota tranſierunt. Valerius Maximus ſecundas nuptias legitimæ intemperantiæ ſignum appellat. Et propterea Apoſtolus quoq; Epiſcopum, vnius vxoris maritum eſſe vult, non bimaritum. Et quod id quod legitimum eſt, pœnis quandoque etiam ſubijciatur, ex eo intelligitur quod mulier etiam poſt annum luctus iterum nubens, plurimis pœnis afficitur, *de quibus in Nouella 22. de his qui nuptias iterant.*

ALIVD.

Sed rurſus inſtari poteſt hoc modo. Imperatores in l. 1. C. de ſecund. nuptijs. Secundas nuptias appellant immaturas nuptias immaturum matrimonium. Sed quod immaturum eſt non eſt legitimum *l. cum hic ſtatus. §. ſi quis ſponſam, de donat. inter vir. & vxor.* Vt ſi minor duodecim annis nubat, immaturæ ſunt nuptiæ, ideoque non eſt vxor. *d. §. ſi quis ſponſam,* ſed tunc demum legitima vxor erit cum apud virum 12. annos expleuerit *l. minorem, de ritu nuptiar.* Igitur nuptiæ etiam legitimæ non ſunt cum mulier intra annum luctus nubit. R. Immaturum quandoque dicitur

Digitized by Google

dicitur quod legitimum eſt. Quandoque etiam immaturum cum dicimus, illegitimum intelligimus. Vt cum minor 12. annis nubit, hæ nuptiæ ſunt immaturæ, quia lex huiuſmodi nuptias non permittit. Non probat lex huiuſmodi nuptias non permittit quoque. Ideoque immaturæ ſunt & illegitimæ. Sed ſecundas nuptias lex intra tempora luctus permittit, licet non probat, ideoque immaturæ dicuntur nuptiæ non quod illegitimæ ſunt, ſed quia ante tempus ſunt contractæ. Hinc Iuſtinianus in Nouell. 22. & in Nouell. 39. ſecundas nuptias, ἀώρους appellat, hoc eſt, intempeſtiuas.

A L I V D.

Mulier poteſt ſponſalia contrahere intra annum luctus impunè *l. ſolet, de his qui notantur infam.* Ergò & nubere poteſt impunè. Quæ enim de ſponſalibus dicuntur, etiam ad nuptias pertinent *l. tutor, de ſponſalibus*. R. Quæ de ſponſalibus dicuntur, ad nuptias pertinent, ſi eadem vtrobique fuerit ratio. Aliàs ſecus eſt. Vt Senator libertinam non ducit, ne ordo Senatorius contaminetur aut dedecoretur. Sola etiam diſpenſatio turpitudinem habet, & ideò prohibitio ad ſponſalia quoque extenditur. Sic tutor pupillam non ducit, quia ideo videtur ducere, ne finita tutela rationem reddat. Ob eandem cauſam contrahere videtur ſponſalia, ideoque vt nuptiæ ita ſponſalia prohibeantur. Secus eſt in muliere, quæ virum lugere debet. Hic ſponſalia permittuntur, non nuptiæ, quia in ſponſalibus ceſſant rationes ob quas mulier impunè non nubit. Sola namque ſponſalia, nullam ſanguinis turbationem adferunt nec quicquam reuerentiæ maritali detrahunt. Ideoq; quæ virum eluget ſponſam intra id tempus fuiſſe non nocet. *l. ſolet, cum ſeq. de his qui not. infam.*

Quod iure Pontificio infamia remittitur mulieri quæ nubit intra annum luctus traditum eſt in c. vltim. & penult. C. de ſecund. nuptijs.

A L I V D.

Dicimus conſiderandum non ſolum quod licet, verumetiam quod eſt honeſtum. An igitur aliquid licet quod honeſtum non eſt? Reſpon. Ita. l. non omne, de R. I. Non omne, inquit Iuriſconſultus, quod licet honeſtum eſt *l. ſemper, de ritu nuptiar.*

Cicero

Digitized by Google

Cicero pro Balbo. Eſt, inquit, aliquid, quod non oporteat, etiamſi licet, quicquid verò non licet, certè non oportet. Quicquid enim non licet honeſtum non eſt, ideoq; non oportet. At non quicquid licet, id etiam honeſtum. Idem pro Rabir. Poſth. Hic inquit, iudices veſtri conſilij eſt, veſtra ſapientia, quid deceat vos, non quantum liceat vobis ſpectare debetis. Hinc Claudianus Honorium monet, vt non quid liceat ſed id quod deceat, in vita atq; imperij ratione inſtituenda ſpectet,

Sed comprime motus
Nec tibi quid liceat ſed quid feciſſe decebit
Occurrat, menteмq; domet reſpectus honeſti.

A L I V D.

Dicimus ciuili morte matrimonium non ſolui. Contra. Aquæ & ignis interdictio, in cuius locum ſucceſsit deportatio, eſt mors Ciuilis, hoc eſt, media capitis diminutio. At deportatione matrimonium ſoluitur *l. ſi quis ſic ſtipuletur, ſolut. matrimon.* Ibi Paulus tradit, ſtipulatione ad hunc modum concepta, ſi quo caſu Titia tibi nupta eſſe deſierit, dotem dabis, ſtipulationem eſſe commiſſam, ſi Titia deportata fuerit. Ergo ciuili morte. Reſpon. Deportatione non ſoluitur matrimonium iuregentium quod in nuptijs potiſsimum ſpectamus *l. adoptiuus. §. 1. de ritu nuptiar. Textus ſunt in l. 1. C. de repudijs l. res vxoris. C. de donation. inter vir. & vxor. l. ſed ſi mors, de donation. inter vir. & vxor. l. ſed ſi alia lege, de bonis damnator.* At iure Quiritum matrimonium deportatione ſoluitur, & de iure Quiritum eſt intelligendum quod Paulus tradit in d. l. ſi quis ſic ſtipuletur, *Cuiacius in Nouella 22.*

A L I V D.

Matrimonium ſoluitur ſeruitute *l. 1, de diuortijs & repudijs. l. ſi ab hoſtibus l. ſi quis, ſolut. matrimon. l. in bello. §. medio, de captiuis & poſtlim. reuerſ.* Sic matrimonium ſoluitur quando quis ſeruus pœnæ fit. *Nouell. 22.* Serui pœnæ dicuntur qui vel in metallum damnantur, vel ad beſtias vel ad ſeruum. Metalli pœnam Tarquinius Superbus excogitauit. *Eutrop. lib. 1. cap. 10. & Suidas in verbo Superbus.* Et in metallum dicuntur damnari, qui cum deliquerunt vinculis additis ad inquirendas eruendaſq; venas damnantur.

Digitized by Google

nantur. Ad beſtias damnantur, qui in hoc damnantur vt beſtijs ſubijciantur, & hi ſolebant ad ſtipitem allegari authore Vopiſco. Ad ferrum damnantur qui in ludum gladiatorium damnantur. *l. 8. § final. qui teſtam. facer. poſſ.* quos Vlpianus dixit ad gladium damnari. Igitur male nos dicimus matrimonium ciuili morte non ſolui. R. Olim matrimonium ſeruitute ſoluebatur, hodiè non ſoluitur, vt puta captiuitate. Sed quamdiu certum eſt captiuum viuere, alter coniugium nō captus, ad ſecundas nuptias venire non poteſt, niſi mulier dote, & vir donatione propter nuptias mulctari velit. Si incertum hoc ſit, ad quinquennium eſt exſpectandum, poſt quinquennium nuptiæ impunitæ ſunt. *Nouell. 22.* Sic olim cum ſeruus pœnæ fiebat maritus, matrimonium ſoluebatur. *d. Nouell. 22.* Hodiè ſecus eſt. Sic deportatione olim matrimonium ſoluebatur vt ſuprà dictum eſt. Hodiè non item quod & Iuſtinianus probat *in d. Nouell. 22.*

XL. Propoſitio.

Ita vt innocenti parti, aliud matrimonium inire permittatur.

XLI.

Quamuis Pontifices ſeparationem, quoad thorum duntaxat permittant.

XLII.

Quam & Ciuilia, & Pontificia iura, ob mariti ſæuitiam concedunt.

XLIII.

Si is non præſtet ſufficientem cautionem, de non offendenda vxore.

XLIV.

Denique vxor contra huiuſmodi crudelem maritum, actione in factum, vt puniatur, agere poteſt.

ARGVMENTVM I.

Sacrilegi nuptiarum, gladio puniuntur. *l. quamuis. C. ad l. Iuliam de adulter.* hoc eſt, adulteri vltimo ſupplicio afficiuntur.

Digitized by Google

mittente. Iure enim ciuili propter adulterium diuortium permittitur *l. conſenſu. C. de repudijs. Et Matth. 19. ſcriptum eſt.* Quicunque dimiſerit vxorem, niſi ob fornicationem, & aliam duxerit, mœchatur. Iure Canonico adulteria capitalia non ſunt, & admittit ius Canonicum propter adulterium thori ſeparationem duntaxat.

Diuus Auguſtinus lib. vnic. de fide & operibus c. 19. tradit, hanc quæſtionem valdè dubiam & in diuinis ſcripturis obſcuram eſſe, vtrum marito aliam vxorem ducere liceat, vxore repudiata ob fornicationem. Et quidem D. Ambroſ. *in 1. ad Corinth. c. 7.* exiſtimat, id licere marito, non tamen vxori, eius ſententiam retulit Gratianus *32. quæſtion. 7. c. vxor à viro, dicens c. ſequenti,* eam falſo adiectam Ambroſio vel intelligendam vxore mortua, quorum vltimũ repugnat expreſsè Ambroſio, primum verò non conſtat. Ambroſij opinionem amplectitur Lactantius, Firmianus *lib. 6. diuina: Inſtit. c. 23.* Sed D. Hieronymus contrariam opinionem probat, quam Gratianus refert *c. dixit dominus 32. quæſtion. 21.* Probat textus *in c. gaudemus, de diuort. c. ex parte, Extra de ſponſalibus c. per venerabilem, qui filij ſunt legit.* Ibi Pontifex inquit etſi fides thori eſt vnum de tribus bonis coniugij, non tamen ipſius violatio, coniugale vinculum violaſſet. Atque definitum eſt ita in Concilio Florentino, Colonienſi, Africano ſeu Mileuitano. Denique hanc ſententiam Auguſtinus comprobat *lib. 1. de adult. coniug. ad Pollentium c. 8. & 9. & in lib. 1. de bono coniugali c. 7. à Gratiano relatus. c. 1. & 2. & c. quemadmod. 32. quæſt. 7.*

ALIVD.

Dicimus Pontifices admittere ſeparationem quoad thorum tantum. Obſtat. c. quod propoſuiſti c. quædam cum fratre c. ſi quis viduam c. concubuiſti 32. quæſtion. 7. Ibi innocenti perſonæ, ſecundæ nuptiæ permittuntur. R. Cum adulterium committitur cum ijs, cum quibus matrimonium eſſe non poteſt, tunc innocenti perſonæ nuptijs non interdicitur. Et hanc ſaltem ſpeciem Canones exceperunt, propterea quod hæc eſſe non videtur, vt quæ polluit ſe tam nefario facto ad priorem maritum reuertatur. Mariti tamen conſcientiæ conſulendum eſt, & non idcircò Canones marito alteras nuptias concedũt, ſi continere ſe poteſt *Theo. Beza in tract. de repudijs.*

Digitized by Google

ALIVD.

In l. conſenſu. C.de repudijs dicitur, iuſtam repudij cauſam eſſe ſi mulier probauerit maritum verberibus ſe affeciſſe. Ergo propter ſæuitiam fit ſeparatio non tantum quoad thorum ſed etiam quoad ipſum coniugale vinculum. R. Verum hoc eſt ſecundum ius Codicis, at non ſecundum ius Nouellarum conſtitutionum. *Nouell.117.*

COROLLARIVM.

Non aſſentimur doctiſſimo Alciato: qui præmia πολυπαιδίας conſtitutione Honorij, & Theodoſij, ſublata eſſe, contendit.

ADNOTATIO.

Olim multa erant præmia πολυπαιδίας. Nam cum ad Rempublicam adminiſtrandam ante 25. annum minores non admittantur *l. ad rem publicam, de munerib. & honor.* admittuntur tamen ſi liberos habeant, & ſinguli anni per ſingulos liberos remittuntur *l. 2. de minoribus.* Item qui tres habet liberos Romæ, in Italia quatuor, in prouincijs quinque à tutela & cura excuſatur. *Inſtitut. de excuſation. tutor. vel curator.* Ex conſtitutione Hadriani, damnatorum liberis pluribus conceditur. *l. vltim. §. ſi plures, de bonis damnator.* Item qui plures liberos habet, in curia vel Collegio primus ſententiam dicere rogatur, in albo & proceſſu cæteris præfertur *l. 9. C. de decurion. l. 6. §. final. de decurion.* Qui tres habet in prouincia liberos, à legationis munere excuſatur *l.1.C.de legation.* Qui quinque ab omnibus muneribus perſonalibus *l. 1.C.qui num. liber.l.3. §.quamuis,de muneribus & honoribus.* Qui ſedecim à muneribus perſonalibus & patrimon. *l. ſi quis decurio. C. de decurion. lib. 10. vbi pro 12. legendum eſt 16. vt in l. ſemper. §. 1. de iure immunitatis.*

Sic Romani pœnas conſtituerunt aduerſus cœlibes & orbos. Noluerunt quemquam adoptare qui eius ætatis eſſet, vt liberos procreare poſſet *l. nec ei permittitur, de adoption.* Prohibuerunt conuiuijs publicis qui vxores non duxerant, quibus vt intereſſe

poſſent,

Digitized by Google

poſſent, die eius natali Auguſtus conceſsit *Dio. lib. 56.* Cenſores, Furius Camillus & Poſthumus eos qui ad ſenectutem cœlibes peruenissent, certam pecuniam pœnæ nomine in ærarium ferre iusserunt *Alexand. ab Alexand. lib. 4. genia: dierum. c. 8.* quod vxorium dicebatur *Sextus Feſtus lib. 19.* Ex l. Iulia quæ in teſtamento relinquebantur inſtitutionis titulo vel legati, cœlebs capere non poterat, niſi intra centum dies matrimonio iungeretur. *Vlpian. in fragm. tit. 17. & 22.* Iunctus matrimonio ſi liberos habebat, ſolidum capiebat, ſi liberos non habebat, dimidium eius quod teſtamento relinquebatur dimidium cedebat fiſco. *Sozomenus lib. 1. hiſtor. tripart. c. 10.* & ideò apud Iuuenalem adultera exprobrat marito, quod ei quamuis ex ſtupro liberos procreauit, quorum beneficio totum legatum capiet.

Iura parentis habet, propter me ſcriberis heres
Legatum omne capis, nec non & dulce caducum.

Has pœnas Imperatores ſuſtulerunt, quod viderent cœlibatum DEO quoque gratum eſſe. *tot. tit. C. de infirm. pœn. cœl.* Præmia πολυπαιδίας non item.

Non obſtat l. 1. C. de iure liberor. vbi dicitur nemo poſthac à nobis petat ius liberorum, quod ſimul hac lege omnibus concedimus. Nec enim Imperatores dicunt ſe ius trium, quatuor, quinque vel ſedecim liberorum omnibus dare ſed ſimpliciter de iure liberorum loquuntur quod erat coniugium ſine liberis inuicem pro loco pignorum, hereditatis altera conſcriptio. *Iſidor. lib. 5. Etymol. c. 24.* Illud ius coniuges qui liberos non habebant, ab Imperatoribus frequenter ſolebant petere, eoque impetrato liberam inter ſe teſtamenti factionem habebant. *Vlpianus in fragment. tit. 16.* Hoc ius liberorum omnibus datur *in d. l. 1. idque coniuncta ea lege cum l. 2. C. de infirmand. pœn. &c.* ex qua dependet vt perſpici ex inſcriptionibus & ſubſcriptionibus poteſt, clarè demonſtratur. *Cuiac. in notis ad Vlpian. Duar. lib. 1. diſput. c. 40. vbi Alciatum reprehendit. in l. 3. de Verbor. ſignificatione*

Notabilia quædam ad propoſitiones poſteriores.

Aegidius Bellemera in c. literas, de reſtitution. ſpoliator.

 docet

Digitized by Google

docet, quod mulier marito non debeat reſtitui, ſi maritus tanto odio mulierem proſequatur, vt ſufficienter proſpici & prouideri mulieri non poſsit.

Panormitanus in c. ex tranſmiſſa num. 4. de reſtit. ſpoliator. inquit, quòd propter viri vel mulieris ſæuitiam maximam, cui de facili per cautionem prouideri non poteſt, ſeparatur matrimonium quoad thorum.

Idem Panormitanus in c. literas num. 7. de reſtitut. ſpoliator. inquit. Vxor non eſt marito reſtituenda ſi non poteſt tutò cum eo morari abſque periculo perſonæ, & ſubijcit Panormitanus hanc eſſe ſufficientem cauſam remouendi vxorem à marito & ſeparandi matrimonium quoad thorum.

Mœnochius de arbitrar. iudic. quæſtion. lib. 2. centur. 2. caſu 139 numero. 5. Vir, inquit, nimirum moroſus, ſæuus ab vxore ſeparatur, & ideò dicere ſolemus, virum agentem contra vxorem ad recuperandam illam repelli poſſe oppoſita exceptione ſæuitiæ.

Iohannes Andreæ in addition. ad ſpeculator. in Rubric. de iniurijs, verſic. eſt quæſtio de vxore, docet mulierem iniuriarum agere poſſe, ſed addit ſibi probabilius videri vt vxor agat actione in factum, vt fama mariti illæſa ſeruetur *per text. in l. 2. C. rerum amotarum, & in l. non debet, de dolo.* Idque dictum ſequitur Alexander in l. diuortio. §. ſi fundum col. 4. verſic. item & in quantum ſolut. matrimon. & ita Alexander refert ſe Paduæ conſuluiſſe. Idem dictum refert & ſequitur Catelli. Cotta, in verbo actio iniuriarum, & rurſus in verbo vxor, Ibi, inquit, Vxor atrociter verberata à viro, non debet agere actione iniuriarum ſed ſolum actione in factum, vt fama mariti illæſa maneat, *quod etiam traditum eſt à Tiraquello in libro de ll. connubialibus.*

Argumenta quibus oſtenditur errorem qualitatis non diſſoluere matrimonium.

Sponſa non poteſt ex cauſa amiſsi pudoris, ſponſum repudiare. Ergo

Digitized by Google

Ergo nec ſponſus ſponſam. R. Procedere hoc argumentum ex natura relatiuorum, ſi eadem in relatiuis eſſet ratio. At hic ratio eſt diuerſa. Fœdior enim & deteſtabilior in fœmina eſt libido quàm in maſculo, quod ipſa natura apertè docet. Cum enim defunctorum corpora fluctibus euehuntur virorum ſupina, fœminarum prona fluitant, ipſa natura pudoris diſciplinam inter defuncta corpora diſcernente *Plinius lib. 7. c. 17. Solinus c. 5.* Deinde etſi mulier ſciret, eum qui nuptias eius appetit, pudorem amiſiſſe, tamen non propterea nuptias detrectaret aut fugeret. Habetur hæc amplius pro inhoneſta muliere, quæ ſe corrumpi paſſa eſt. At vir propterea non cenſetur inhoneſtus quod mulierem cognouit.

A L I V D.

Non minores ſunt labes animi vitiati, quàm corporis. At maritus mulierem ob vitium animi vt quia hæretica eſt, infidelis, prodiga, malè frugi, repudiari non poteſt. Igitur etiam ob corporis vitium, mulierem non poteſt repudiare. R. Hæc valde diſſimilia eſſe. Ob vitium animi, non poteſt vir mulierem repudiare, quia nemo ſine crimine, labe & vitio animi viuit, ob hæc vitia animi, mulier pro inhoneſta muliere non reputatur. Hæc vitia etiam corrigi quodammodo poſſunt. At vitium corporis eſt irreparabile, ob hoc vitium mulier pro inhoneſta muliere reputatur, hoc vitium corrigi non poteſt.

A L I V D.

Hæc conditio ſi inuenero te virginem, ducam te, reijcitur à Theologis *Philip. in examine Theologico c. de condition.* Igitur conditio tacitè ſubintellecta, ſi ſcilicet, virgo fuerit, ſi fuerit incorrupta, reijci quoque debet. Reſpon. Qui ducit aliquam, quam virginem eſſe putat, non ducit ſub tacita conditione ſi fuerit virgo, ſed purè vxorem ducit. Purè in eam conſentit, tanquam in virginem. Si ergo virgo non ſit, merito fit ſeparatio. Deinde rectè reijcitur hæc conditio, ſi virginem te inuenero, præſumptio eſt pro muliere quód virgo ſit, ſi pro virgine ſe gerat, cum ſecundum iuris diſpoſitionem, quilibet præſumatur bonus, donec contrarium doceatur. Tertiò eludi facilè matri-

monia

monia poſſent hac conditione, ſi virginem te inuenero, admiſſa. Poſſet denique conditione hâc, ſi virginem te inuenero admiſſa, magnis malis facilè occaſio præberi, quia maritus dicere poſſet, vxorem ſuam virginem non fuiſſe, & ideò ſe illam retinere nolle.

ALIVD.

Contractus ex errore conditionis vel qualitatis perſonæ, cum qua contrahitur, non reſcinditur, quia qui cum alio contrahit, vel eſt vel eſſe debet non ignarus eius conditionis *l. qui cum alio. de R. I.* Ergo idem dicendum in matrimonio, & ſibi imputet maritus qui non diligentius ante ſibi cauit atque proſpexit. R. Qui cum alio contrahit, facilè inquirere poteſt conditionem eius cum quo contrahit vtrum pupillus ſit, filiusfamilias, prodigus. Hoc ſi non fecerit, ſibi id imputet. At ſecus ſe res habet in muliere quæ pro virgine ſe venditat, cum ſit corrupta, hanc omnes pro virgine habent. Huius conditio inquiri non debet, quia præſumptio eſt quod ſit honeſta.

ALIVD.

Non poteſt ſtupri accuſari, quæ poſt commiſſum ſtuprum ducta eſt. Serò enim, inquit Iuriſconſultus, accuſat mores mulieris, quos ducendo probauit *l. ſi vxor 13. §. final. de adulter.* Hîc lex non diſtinguit inter ignorantem & ſcientem. Ergò nec nos debemus diſtinguere. R. Locus ille de ſciente accipiendus eſt, vt §. proximè præcedens ſatis oſtendit.

DISPV-

DISPVTATIO
DE IVRE DOTIVM.
I. Theſis.

Dos eſt pecunia ſiue res alia nuptiarum cauſa data.

ARGVMENTVM. I.

Non tantum pecunia in dotem datur, verum etiam aliæ res, pondere, numero & menſura conſtantes *l. res in dotem data h. t.* Imò fundi etiam in dotem dari poſſunt *tot. tit. de fund. dotal.* Igitur malè definimus dotem, quod ſit pecunia. R. Pecuniæ verbum tribus modis accipitur in libris noſtris. Interdum ſumitur ſtrictiſsimè, pro pecunia numerata tantum, vt *in tot. tit. Pandectarum & Codicis, ad Senatuſconſult. Macedonianum. In l. 1. eius tituli, in digeſtis, ita ſcriptum eſt. Placet ne cui, qui filiofamilias mutuam pecuniam ſine iuſſu parentis credidit, etiam poſt mortem parentis in cuius poteſtate fuit actio petitioq; daretur, vt ſcirent qui peſſimo exemplo fœnerarent, nullius poſſe filijfamilias bonum nomem, exſpectata patris morte fieri.* Poſtea in l. 7. eius tit. Iuriſconſultus docet, tantum pecuniæ verbum ad numeratam pecuniam pertinere, non ad alias res. Deinde pecuniæ verbum ſumitur aliquanto latius, pro omnibus rebus, quarum datione in creditum itur, hoc eſt pro rebus conſtantibus pondere, numero & menſura. Ita ſumitur in clauſula illa vulgari, quæ teſtamentis olim adſcribi ſolita erat, quas pecunias legaui, quibus dies appoſitus non eſt, eas annua, bima, trima die heres meus dato *l. talis ſcriptura, de legat. 1.* Sumitur ita quoque pecunia, in Edicto Prætoris de conſtit. pecunia, quemadmodum Imperator Iuſtinianus docet *in l. 2. C. de conſtit. pecun.* Sic ſumitur in titulo Codicis, de prohibita pecun. ſequeſtrat. Accurſius quidem ibi pecuniam latè accipit, ſed ſtrictè accipere oportet pro quantitate. Cæterarum enim rerum

 mobi-

Digitized by Google

mobilium quæ petuntur & de quibus lis eſt, fit ſequeſtratio. Pecuniæ ſiue quantitatis non fit ſequeſtratio. Ratio eſt. Res quæ certum habent corpus, facilè interuerti & corrumpi poſſunt, & ideo pendente lite collocantur in tuto apud ſequeſtrum, exigente aduerſario. At quantitatis nullum ſubeſt corpus, quantitas non perit. Denique pecunia ſumitur pro rebus quæ pondere, numero & menſura conſtant, cum dicimus pecuniam compenſari. Solæ enim res conſtantes pondere numero & menſura compenſantur, quia hæ ſolæ mutuam inter ſe functionem recipiunt. Atque ita ſecundo loco, pecuniæ verbum ſumitur. Poſtremò & vltimo loco, pecuniæ verbum, omnem omninò pecuniam complectitur id eſt, pecunia ſignificat omnes res, tàm ſoli quàm mobiles, tàm iura quàm corpora *l. pecuniæ appellatione, l. pecuniæ nomine. l. pecuniæ verbum, de Verborum ſignification.* Sic ſumitur pecunia, in illa lege 12. tabul. Paterfamilias vti ſuper pecunia tutelauè ſuæ rei legaſsit, ita ius eſto. *Vlpianus in fragment. tit. de tutel. Cornificius lib. 1. ad Herennium.* Sic etiam ſumitur pecunia in l. Falcidia. Quicunque ciuis Romanus poſt hanc legem rogatam teſtamentum faciet, is, quantam cuique ciui Romano pecuniam iure publico dare legare volet, ius poteſtáſque eſto *l. 1. ad l. Falcid.* Et ſic latiſsime pecuniæ verbum exaudiri debet in noſtra definitione. Dos eſt pecunia id eſt, non tantum eſt pecunia numerata, nec tantum eſt res quæ conſtat pondere, numero & menſura, ſed eſt omnis res tàm ſoli quàm mobilis, tàm ius quàm corpus. Ita latiſsimè pecuniam hic accipi volo.

ALIVD.

Superflua non ſunt ponenda *l. 1. quod met. cauſa.* Ibi dicitur, Olim dicebatur quod vi metuſúe cauſa geſtum erit. Sed poſtea detracta eſt vis mentio, quia quodcunque vi atroci fit, metu quoque fieri videtur. Sed nos ponimus ſuperflua, cum dotem vocamus pecuniam, itemque rem. Igitur malè facimus. Reſpon. Sunt aliqui magni nominis Iuriſconſulti, qui dotem definiunt pecuniam. Inter eos eſt Franciſcus Duarenus. Pecunia verò vt iàm ante dictum eſt, ſignificat omnes res tàm ſoli quàm

li quàm mobiles, tàm ius quàm corpus. Cæterum eas tantum res complectitur, quæ in patrimonio noſtro ſunt. Res alienas quæ in noſtro patrimonio non ſunt, non complectitur. *l. rei appellatio, de V. S.* Non tantum autem res propriæ, ſiue quæ patrimonij noſtri ſunt, in dotem poſſunt dari, ſed etiam alienæ. *l. ſi alienam rem, ſolut. matrimon.* Et ſi res aliena in dotem detur, non poterit illa dos definiri per nomen pecuniæ, quia pecuniæ appellatio tantum ad illa refertur quæ noſtra ſunt, quæ in noſtro ſunt patrimonio. Itaque errant qui dotem definiunt pecuniam. Rectius Zaſius in Rubric. ſolut. matrimon. dotem definit per nomen rei. Eſt enim rei appellatio latior quàm pecuniæ & continet etiam ea quæ extra computationem patrimonij noſtri ſunt, continet res alienas, *d l. rei appellatio. de V. S.* Ego vtrumque nomen pecuniæ & rei coniunxi ad imitationem legis primæ, ad l. Falcid. Et ſi malè ibi fecit Iuriſconſultus, ego me quoque ob id damnari patiar.

A L I V D.

Dos iuris nomen eſt *l. 5. de impenſ. in rebus dotal. factis.* Ibi dicitur, ipſo iure, non corporum ſed dotis fit diminutio. Igitur malè nos dotem dicimus eſſe pecuniam vel rem. R. Si quis dotem ſubtiliter definire vellet, rectius dotem ius, quàm pecuniam vel rem appellaret. Id libenter concedo. Et Bartolus dotem definit ius, nec me id fugit. Cæterum ego pinguius & craſsius dotem definire volui, vt rudiores rectius omnia intelligerent. Ac Philoſophorum exemplum in hoc ſecutus ſum, qui huiuſmodi ſubtilitates ſæpius negligunt. Verbi gratia. Iuriſconſulti hereditatem definiunt ſucceſsionem, hoc eſt, ius ſuccedendi in vniuerſum ius illud quod defunctus habuit *l. 3. de bonor. poſſeſ. l. nihil aliud de V. S. l. hereditas, de R. I.* Ac proprie loquendo hereditas eſt ius. Cicero autem in Topicis hanc ſubtilitatem negligens, hereditatem definit pecuniam, quæ morte alicuius ad aliquem peruenit, nec tàm ſubtiliter diſtinguit vt Iuriſconſulti faciunt. Et Seneca lib. 6. de benefic. c. 5. Iuriſconſultos ob nimiam illam ſubtilitatem & quaſi ſcrupuloſitatem ridet. *Iſtæ*, inquiens, Iuriſconſultorum acutæ nugæ ſunt, qui hereditatem negant vſucapi poſſe, ſed ea quæ in hereditate

Digitized by Google

do dotali inuentum communem eſſe, & partem dimidiam vxori reſtituendam eſſe quod in alieno loco ſit inuentus, idque propter regulam iuris: Si quis theſauros in alieno loco inuenerit, dimidium inuentori, & dimidium domino ſoli debetur. *§. Theſauros Inſtitut. de rer. diuiſ. Probatur etiam per legem ſi conſtante, §. maritus. ſolut. matrimon.* Ibi Iuriſconſultus ſeruos dotales, ſeruos vxoris eſſe dicit, eoſque reſpectu ſeruorum quos maritus habet, vocat alienos. *Item per l. 3. §. ergo etiam, de minor.* Ibi dicitur, dos ipſius filiæ proprium patrimonium eſt. Igitur malè dicitur, dotem eſſe pecuniam, quæ datur. R. Multa omninò ſunt loca in iure noſtro ciuili, quibus probari poteſt, maritum dominum eſſe dotis, non vxorem. *Diſertè id ſcribit Iuſtinianus in principio tituli, quibus alienar. licet vel non, in Inſtitut. Accidit, inquit, aliquando vt qui dominus ſit alienare non poſſit &c. Probatur l. 7. §. ſiunt autem res mariti. h. t. & deniquè per l. 9. prolixè, hoc ipſo titulo.* Nec poſſunt hæc loca cum ſuperioribus aliter reconciliari & in concordiam reduci, quàm vt dicamus, maritum dominum eſſe dotis, ciuiliter & legum ſubtilitate, fictione legum, vxorem dominam eſſe dotis naturaliter. *Hanc diſtinctionem Imperator noſter Iuſtinianus tradit in l. penult. C. de iure dotium* atque ita rectiſsimè hos locos ſupradictos omnes, & ſi qui ſimiles ſunt, Zaſius noſter, in intellectibus ſingularibus conciliat.

A L I V D.

Dictum eſt, maritum dominum eſſe dotis ciuiliter. Id verum non videtur ex hoc fundamento. Dominium eſt ius plenè perfecteq; diſponendi de re corporali. Sed maritus non poteſt de re dotali pro ſuo arbitrio diſponere, quia fundum dotalem neq; alienare neque obligare poteſt. *§. 1. Inſtit. quibus alienar. licet vel non.* Sequitur igitur maritum dominum dotis non eſſe ciuiliter. Reſpon. ad maiorem. Maior eſt imperfecta, & addi debent hæc verba, niſi ſi quid vi vel iure prohibeatur. Hæc verba neceſſariò addenda ſunt. Maritus eſt dominus dotis, habet dominium in dote. Dominium dico abſolutè, nec addo directum vel vtile, vel directum & vtile ſimul. Nam nullum eſt dominium directum, nullum vtile. Interpp. quidem ſtatuunt, aliud eſſe directum dominium aliud, vtile, ab actione directa vel vtili. Sed

Digitized by Google

hæc ratio directum vel vtile dominium non inducit. Et hodiè vnum tantum eſt dominium. Olim duplex erat, naturale quod in bonis dicebatur, & ciuile, quod dicebatur ex iure Quiritum. Naturale dominium aſſerebat ſibi is, qui plenè perfectéque dominus non erat, vt cui traditus erat ſeruus, neque tamen mancipatus, aut in iure ceſſus. A Theophilo in Inſtitution. dominus bonitarius dicitur. Ciuile dominium dicebatur habere is, cui ſeruus mancipatus erat, aut in iure ceſſus, aut qui per tempus ad vſucapionem neceſſarium ſeruum poſſederat. Et is ſolebat vindicare hac vulgata formula. Hunc ego hominem ex iure Quiritum meum eſſe aio. Ideoque à Theophilo dominus Quiritarius, nuncupatur. Sed hanc ſubtilem dominiorum differentiam Iuſtinianus ſuſtulit in l. vnic. C. de nudo iure Quiritum tollend. eaque vera eſt & genuina eius tituli perobſcuri ſententia. Hodiè itaque vnum tantum eſt dominium, & maritus dominus eſt dotis. Ac quamuis fundum dotalem non poſsit alienare vel obligare, non ideò tamen minus dominus eſt. Non poteſt maritus fundum dotalem alienare propter prohibitionem legis Iuliæ de marîtandis ordinibus. Hæc lex varias & multiplices appellationes pro varietate rerum de quibus agit, ſortitur. Interdum dicitur lex Iulia viceſimaria. Interdum lex Iulia decimaria. Interdum lex Iulia caducaria. Interdum lex Iulia de adulterijs cohercendis, propter illam partem, quà lex adulteros punit. Et illa ipſa parte de adulterijs cohercendis, lex Iulia loquebatur & agebat de fundo dotali *vt Paulus ſcribit in libris receptar. ſententiar.* Propter legis igitur Iuliæ de maritandis ordinibus prohibitionem, maritus fundum dotalem non poteſt alienare, & nihilominus dominus eſt. Sic pupillus nihil poteſt alienare ſine tutoris authoritate. Prodigus ſine authoritate curatoris. Et tamen prodigus & pupillus domini ſunt, & eleganter Seneca lib. 7. de benefic. cap. 12. inquit. Non eſt argumentum ideò aliquid tuum non eſſe quia vendere non potes, quia conſumere, quia mutare in melius aut deterius non potes. Tuum enim eſt, etiam quod ſub certa lege tuum eſt.

A L I V D.

Tradere ſignificat poſſeſsionem transferre. Igitur maritus

non

300

non eſt dominus dotis. R. Concedo totum argumentum rectè intellectum. Maritus non eſt dominus dotis, ſi dotem conſtituens rem non ſuam ſed alienam conſtituerit & tradiderit. Hic maritus conſequitur tantum poſſeſsionem non dominium dotis, cum tradens dominus non fuerit. Nemo enim poteſt plus iuris in alium transferre quàm ipſe habet. *l. nemo de R. I. l. traditio, de acquir. rer. dominio.* Reperiuntur quidem certi caſus in quibus aliud obſeruatur. Vt creditor vendendo pignus præſtat cauſam dominij quam ipſe non habuit, & emptor rei venditæ dominium habere incipit. *§. contra, Inſtitut. quibus alienar. licet vel non.* Et hoc exemplo adducto Vlpianus ait, non eſſe nouum vt alij dominium præbeat qui dominium non habet. *l. non eſt nouum, de acquir. rer. domin.* Sic interdum poſseſsionem quam ipſi non habemus, alij poſſumus tradere. *l. interdum, de acquir. poſſeſ.* Sed hi caſus ſunt ſingulares quibus alios in iure non expreſſos addere non poſſumus.

A L I V D.

Dos non tantum datur aut traditur marito ſed etiam promittitur, & dos promiſſa, dos eſt, *tot. tit. C. de dotis promiſ.* Hæc autem dos, noſtra definitione non continetur. Igitur noſtra definitio eſt vitioſa, & imperfecta. R. Ego dotem hic definio quatenus verè & propriè dos eſt. Propriè illa dos eſt quæ oneribus matrimonij iam inſeruit, vt quæ data vel tradita eſt marito. Dos quæ matrimonij oneribus non inſeruit, vt eſt dos promiſſa, dos quidem dicitur ſed minus propriè, quod ex eo perſpicuum & clarum fit, quod omninò negatur dos eſſe quæ ita conſtituitur vt nunquam matrimonij oneribus inſeruire poſsit. Vt ſi mulier mortis ſuæ cauſa dotem promittat, nulla eſt dos conſtitutio dotis non valet *l. ſi pater mulieris. §. final. de iure dotium.* Et hoc verum eſt, ſi ſtatim ab initio dos in id tempus conſtituatur quo matrimonium futurum non eſt. Tunc conſtitutio non valet, *l. Iulianus h. t.* Cæterum ſi ab initio conſtituatur dos, vt poſsit ſeruire matrimonij oneribus, quamuis poſtea per pactũ cõ perueneri vt matrimonij onerib nõ inſeruiat, vtilis eſt cõſtitutio. Vt ſi mulier poſt dotis conſtitutionẽ paciſcatur, ne à ſe viua dos exhibeatur va-

Digitized by Google

valet pactum, quamuis dos oneribus matrimonij non inſeruiat. *d. l. Iulianus.* Ab initio enim dos rectè fuit conſtituta, & quæ ſemel rectè conſtituta ſunt non extinguuntur, licet peruenerint in eum caſum à quo incipere non potuiſſent. *l. in ambiguis, de R. I.*

ALIVD.

Quæritur an modica dos, ſit dos, & dici poſsit? Dico ego dotem eſſe dotem modicam *ex l. Neratius. de religioſis & ſumptib. funer.* Et ideò ſi lege municipali filia dotata, à ſucceſsione patris ſubmoueatur, ſubmouebitur etiam quæ modicam dotem accepit. Per modicam autem dotem non intelligo dotem vno nummo conſtantem. Nunquam enim modicum in libris noſtris cujuſcunque rei reſpectu tandem dicatur, vnum ſignificat ſed plura. Vt actio de dolo non datur ob modicam ſummam *inquit Iuriſconſultus in l. 9. de dolo malo.* Et poſtea Paulus in l. 10. modicam ſummam interpretatur non vnum aureum ſed duos aureos. Sic conſtituto modicum tempus datur *l. promiſſor. de conſtit. pecunia.* Modicum tempus non vnam diem ſignificat, ſed dies decem *d. l. promiſſor.* Sic Prætor tuetur eum qui modico tempore, itinere actuque vſus eſt *l. 1. de itin. actuq; priuat.* hoc eſt Prætor tuetur eum qui non minus quàm 30. diebus itinere, actuque vſus eſt. Sic modicum tempus datur confeſsis in iure itemque iudicatis ad ſoluendum *l. ſi debitori meo, de iudicijs.* Modicum tempus non vnum diem, ſed plures dies ſignificat. Ex l. 12. tabul. iudicatis & confeſsis in iure dabantur 30. dies iuſti, *vt Gellius refert lib. vltim.* Æris confeſsi, rebuſque iure iudicatis 30. dies iuſti ſunto. Poſtea ex alia quadam lege dati ſunt 2. menſes *ad l. 2. C. Theodo. de vſur. rei iudicat.* Hodiè dantur quatuor menſes ad ſoluendum *l. 1. C. de vſuris rei iudicata.* Et hæc tempora dantur πρὸς περίθαλψιν vt Conſtantinus inquit id eſt, vt reus quodammodo poſsit reſpirare. Dantur humanitatis gratia, inquit Iuriſconſultus. *l. ſi militi, de compenſation.* Modicum igitur nunquam vnum ſignificat ſed plura, & ideò cum dotem modicam dari audimus, non debemus fingere, nummum vnum in dotem datum eſſe. Id valdè abſurdum eſt.

Propo-

Digitized by Google

II. Propoſitio.

Eſt autem dos duplex; aut enim profectitia eſt aut aduentitia; Illa eſt quæ à patre vel à parente proficiſcitur: Hæc quæ ab extraneo, citra parentem paternum.

ARGVMENTVM. I.

Plures ſunt ſpecies dotis quàm duæ. Nam præter duas illas, quæ hic ponuntur, eſt alia quæ receptitia vocatur. *l. mortis cauſa* [illegible]*itur. §. 1. de mortis cauſa donation. Vlpianus in fragment. tit. 6. de dotibus.* Alia item eſt quæ dos communis dicitur *l. ſi cum dotem. §. 1. ſolut. matrimon.* Igitur malè nos facimus, quod duas tantum ſpecies ponimus. R. Duæ tantum ſunt ſpecies dotis, quarum vna profectitia nominatur, altera aduentitia. *l. 5. de iure dotium.* Ibi Iuriſconſultus Vlpianus diligentiſsimè explicat vtramque ſpeciem. Idem Vlpianus d. t. 6. de dotibus, non niſi duas ſpecies has ponit. Et ſub his duabus ſpeciebus comprehenduntur dos receptitia & dos communis. Dos receptitia comprehenditur ſub dote aduentitia, & dos aduentitia eſt, vtpote quam non pater mulieris dedit, ſed alius Natura verò dotis aduentitiæ eſt, vt mortua in matrimonio muliere apud maritum remaneat, niſi fortè qui dedit hanc qualitatem adijciat ac ſtipuletur vt dos poſt mortem mulieris ſibi reddatur. Tunc dotem recipit & idcirco dos propter qualitatem illam adiectam, receptitia nominatur. Qualitas nouum indit nomen doti, ſed nouam ſpeciem non conſtituit. Sic dos communis comprehenditur ſub dote profectitia, & nihil aliud quàm profectitia dos eſt. Dicitur profectitia dos communis, quod patris & filiæ ſimul eſt, & pater non aliter quàm ex voluntate filiæ petere dotem illam poteſt nec per ſe, neque per procuratorem, *vt Iuriſconſultus docet in l. 2. ſolut. matrimon.* niſi fortè in datione dotis aliter conuenerit, vt ſuo loco commodius dicetur.

ALIVD.

Superflua non debent poni. *l. 1. quod metus cauſa* & dictum eſt ſuprà. Sed ponuntur in illis verbis à patre vel à parente. Ergo in

 eo pe-

eo peccatum eſt. R. Nego minorem. Nec enim illa verba abundant aut ſuperſiua ſunt. Propriè pater dicitur, qui filium procreauit. Ita ſumitur in l. Iulia de adulterijs cohercendis. Datur illa lege patri poteſtas ſiue facultas occidendi omnem adulterum cum filia, non marito. Ratio aſsignatur à Iuriſconſulto, quod plerumq; pietas paterni nominis conſilium pro liberis capit. Cæterum mariti calor & impetus facilè ſæuientis fuit refrenandus *l. nec in ea lege, ad l. Iuliam de adulterijs*. Auus aut proauus paternus etiam, patris appellatione non veniunt. Sed nec filius familias pater *l. ſi euenit, ad l. Iuliam de adulterijs*. Sic vice verſa propriè filium eum definimus & eſſe dicimus qui ex viro & vxore eius natus eſt. *l. filium, de his qui ſui &c.* Et ita accipimus filium in materia tutelari. Si enim pater filijs ſuis tutores dederit, ſolis ijs qui ex eo iam nati ſunt, aut in vtero adhuc ſunt & naſcentur tutorem dediſſe videtur non nepotibus. *§ final. Inſtitut. qui teſtam. tutor dari poſſunt.* Porrò ſicut filij appellatione iuſta interpretatione nepotes ſignificantur *l. iuſta de V. S. l. filij. eod.* ita appellatione patris iuſta interpretatione auus demonſtratur *d. l. iuſta. de V. S.* Parentis verò appellatione non tantum qui primi gradus ſunt ſignificantur, ſed omnes ſuperiores. *l. appellatione parentis, de V. S.* Ideoq; Prætor in edicto de in ius vocando, parentem in ius vocari vetuit, non patrem *l. 4. de in ius vocand.* Et ICtus in l. 5. de iure dotium, ad proprietatē vtriuſq; vocis reſpexit, & dotem profectitiam definiuit quæ à patre vel à parente profecta eſt.

A L I V D.

Si quis patri donaturus dederit, profectitia dos eſt *l. 5. h. t.* Sed hic nihil de bonis patris proficiſcitur. Ergò profectitia dos non rectè definitur quæ à patre vel à parente profecta eſt, de bonis eius. *Minor probatur per d. l. 5. h. t.* Ibi dicitur quod pater non erogat de ſuo, ſed non acquirit, de bonis patris profectum non videtur. Sed hic pater nihil erogauit de ſuo. Ergo &c. Reſpon. Rurſus minorem nego. Cum enim patri donaturus dat, pater de ſuo aliquid erogat. Etenim donator videtur patri dediſſe, & pater filiæ, & hic noſtri authores breuem manum fingunt. Duplex reperitur manus in libris noſtris. Eſt longa manus & breuis manus. Longa manus eſt, cum debitorem

meum

meum iubeo in conſpectu meo id quod debet ponere, quo caſu debitor ſtatim liberatur & pecunia mea efficitur, longaque manu mihi tradita exiſtimatur, hoc eſt, fingitur me pecuniam illam corporaliter apprehendiſſe. *De hac longa manu textus eſt in l. pecuniam (alias ſi pecuniam) de ſolution.* Breuis manus eſt cum propter celeritatem coniungendarum actionum ſiue actuum, vna aliqua actio ſiue vnus actus occul[illegible]. Vt ſi debitorem meum iubeam tibi dare, nummi tui fi[illegible], & debitor meus liberatur, qui pecunia ad me à debitore meo, deinde à me ad te perueniſſe videtur. *De hac breui manu textus ſunt in l. liceat hoc titulo. Et in l. 3. §. vltim. de donationibus inter vir. & uxorem.* Sic igitur ſi donaturus patri, det, ipſe pater dotem dediſſe videtur breui quadam manu. Perinde enim habetur, ac ſi pater pecuniam à donatore accepiſſet, & filiæ ſuæ in dotem dediſſet, *atque ita nominatim Iuriſconſultus docet in d. l. 3. §. final. de donationibus inter vir. & uxor.* Quemadmodum autem dos profectitia rectè conſtituitur, ſi donaturus patri iubeatur dare filiæ, ita rectè etiam mutuum contrahitur, ſi debitorem meum iuſſero tibi credendi cauſa pecuniam dare *l. ſingularia, de rebus credit.* Cum eius legis fine vehementer pugnat l. qui negocia, mandat. In fine d. l. ſingularia, dicitur, quod pecunia mutua fiat ſi conuenerit vt pecuniam quam ex cauſa mandati mihi debes, crediti nomine retineas. Id negatur in d. l. qui negotia. Reſpondi, inquit Iuriſconſultus, non eſſe pecuniam creditam. Nec huic ſimile eſſe quod ſi pecuniam apud te depoſitam conuenerit, vt creditam habeas, credita fiat: Plurimum Interppſe torquent vt loca illa concilient. Vna lex affirmat pecuniam creditam fieri ſi conuenerit vt quam ex mandati cauſa habes, crediti nomine retineas. Altera id negat. Breuiter ita ex ſententia mei Præceptoris Iacobi Cuiacij dicendum eſt. Diſsidere Aphricanum ab Vlpiano; quod ex eo euidenter apparet, quod Africanus aduerſariorum argumenta refellit. Sed de eo aliàs.

ALIVD.

Si Curator furioſi vel prodigi dotē dederit, dos profectitia eſt. *d. l. 5. h. t.* At hic neq; pater neq; parens mulieris dotē dedit. Igitur

definitio vitioſa videtur. R. Cum dico dotem profectitiam eſſe quæ à patre vel à parente mulieris profecta eſt, id intelligo vel immediatè, ſi parens ſanæ mentis fuerit, & bonorum ſuorum adminiſtrationem habuerit. Vel mediatè, ſi fuerit furioſus vel prodigus. Furor autem, vnde furioſus,eſt, vt Cicero definit,mentis ad omnia cæcitas, & maius quiddam eſt quàm infamia, ideoque non eſt in 12 tab. ſcriptum, ſi inſanus, ſed ſi furioſus. Differt à dementia, vt collatis definitionibus apparet. Dementia enim, eodem Cicerone authore, vnde dementes, eſt affectio quædam lumine mentis carens, cum non eſt ſana mens & integra, tuetur tamen mediocritatem officiorum, & vitæ communem atque vſitatum cultum. Græci furioſos μαινομένους, dementes ἀνοήτους appellant. Prodigus eſt qui neque finem neque modum expenſarum ſeruat, ſed bona ſua dilacerando & diſsipando profundit & perdit. *l. 1. de curator. furioſ. &c.* A Caio in 1. Inſtitut. euerſor dicitur. Ac olim prodigus ex l. 12 tabul. ipſo iure in curatione erat agnatorum. Nam ita lex ſcripta erat. Si furioſus vel prodigus exiſtit,agnatorum gentiliumq; in eo pecuniaque eius poteſtas eſto. *Cornificius lib. 1 ad Herennium.* Sed hodiè prodigo à Prætore curator datur, nec quiſquam ante interdictionem à Prætore factam prodigus cenſetur. *l. 1. Inſtitut. de Curator. & d. l. 1. de curat. furioſ. &c.* Formula qua Prætor, dum bonis alicui interdicit, ſolet vti, hæc eſt: Quando bona tua paterna habitaque nequitia tua diſperdis, & liberos ad egeſtatem perducis, ob eam rem tibi ea re commercioque interdico. His verbis refertur à Paulo in libris receptar. ſententiar. Sed ad rem. Dos igitur quæ datur à Curatore furioſi vel prodigi, dos quoque eſt profectitia, & à patre furioſo vel prodigo mediatè profecta eſt.

ALIVD.

Dos quæ ex neceſsitate proficiſcitur, non eſt dos profectitia *l. 5. §. ſi quis certam quantitatem. h. t.* ibi dicitur, ſi quis certam quantitatem patri donauerit, vt hanc pro filia daret, non eſt dos profectitia. Obſtrictus enim eſt pater vt det, aut ſi non dederit, condictione tenetur. Sed dos à patre, neceſſariò extra ordinem conſtituitur *l. qui liberos, de ritu nuptiar.* Igitur illa dos quæ à patre

Digitized by Google

patre conſtituitur, non rectè dicitur profectitia, ſed potius debet aduentitia dici. R. ad maiorem. Dos quæ ex neceſsitate proficiſcitur tali ſcilicet quæ patri non incumbit ratione eius quod pater eſt, ſed extrinſecus accedit. Vt in propoſito, Titius patri dedit centum ea lege vt pro filia ſua, ea in dotem daret. Hæc centum non cogitur pater dare in dotem ob id quod pater eſt, ſed ob id quod ſub ea conditione, ſub ea lege centum illa accepit vt pro filia in dotem daret, atque ita neceſsitas illa, extrinſecus accedit. Et dos quæ ex huiuſmodi neceſsitate extrinſecus accedente prouenit, non eſt dos profectitia. At dos quæ à patre neceſſariò datur, eo quod pater eſt, illa profectitia dos eſt, illaq; à Iuriſconſulto definitur *in d. l. 5. h. t. in princip.*

ALIVD.

Si pater pro extraneo dotem promittente fideiubeat & ſoluat, nec à reo id quod ſoluit, poſsit repetere, dos à patre profecta eſt, itemque de bonis patris. Sed hæc dos non eſt profectitia dos, *§. ſi pater h. t.* Igitur videtur dicendum, non rectè definiri dotem profectitiam quæ à patre vel à parente profecta eſt de bonis eius. R. ad maiorem. Si pater pro extraneo dotem promittente fideiubeat, & ſoluat, dos à patre proficiſcitur. Ita eſt. Verum obſeruandum eſt à patre dotem illam dari non tanquam à patre: ſed tanquam à fideiuſſore. Non enim ſuo nomine pater dotem illam dat, ſed nomine fideiuſſorio id eſt, pro Titio reo pro quo fideiuſsit, dotem exſoluit. Vt autem dos profectitia ſit & dicatur, neceſsè eſt à patre dotem dari, tanquam à patre, & proprio patris nomine. Et ita verba illa in definitione accipi debent. Profectitia dos eſt quæ à patre profecta eſt, tanquam à patre, *quod Iuriſconſultus oſtendit in d. l. 5. §. ſi pater pro filia emancipata. hoc titulo.*

Aliud contra ſolutionem priorem.

Patris nomen profectitiam dotem facit, non ius poteſtatis *d. l. 5. §. ſi pater pro filia emancipata. h. t.* Sed hic eſt patris nomen. Ergo &c. R. breuiter. In illo. §. in quo Iuriſconſultus ſcribit, dotem profectitiam patris nomen facere, addit, ſed ita demum, ſi tanquam parens dederit, quæ verba in maiori omittuntur.

Digitized by Google

III. Propoſitio.

Conſtituitur autem dos dicendo, dando, promittendo, pacto & pollicitatione nuda, itemque acceptilatione.

ARGVMENTVM. I.

Nuſquam in libris noſtris eſt ſcriptum, dotem dicendo conſtitui. Igitur malè nos facimus, quod ita loquimur. R. Dos olim conſtituebatur dicendo, dando & promittendo. Dictio dotis fiebat ſolemnibus verbis, nulla interrogatione præcedente, & tantum tres perſonas obligabat. Mulierem quæ nuptura erat. Debitorem mulieris, ſi iuſſu eius diceret, & parentem mulieris virilis ſexus, per virilem ſexum cognatione iunctum, veluti patrem & auum paternum. *Ulpian. in fragment. tit. 6. de dotib.* Obligatio autem quæ ex dictione dotis ſolemnibus verbis facta naſcebatur, verborum obligatio nominabatur non ſtipulatio. Nec enim exiſtimandum eſt, verborum obligationem eſſe periphraſin ſtipulationis, *AEguinarius Baro in princip. ſuorum commentariorum ad tit. de verbor. obligation. tradidit.* Sicut quilibet contractus, diſtat ab obligatione quam parit, ita ſtipulatio differt à Verborum obligatione, & eſt ſtipulatio contractus, quo verborum obligatio conſtituitur. Quinimò verborum obligatio, non tantum ſtipulatione contrahitur, ſed etiam alijs duobus modis, dictione ſcilicet dotis vt iam dictum eſt, & iureiurando liberti, iurantis ſe operas, munus patrono daturum. *Ita Caius Iuriſconſultus docet in 2. Inſtitut. tit. de Verborum obligationib.* Dos itaque olim dicendo conſtituebatur. In Pandectis verò noſtris, itemque in noſtro Codice, nulla prorſus fit mentio dictionis dotis. In Codice Theodoſiano, multæ de dictione dotis leges ſunt. Hoc eo factum eſt, quod temporibus Iuſtiniani, illa dotis dicendæ ſolemnitas, iam in deſuetudinem abierat. Itaque Tribonianus ea verba dictionem dotis, vel doti dicere, vel ſuſtulit penitus, vel pro eis, inuſitata loquendi forma, repoſuit, doti promittere. Suſtulit nomen dictionis, ex l. ad exactionem. C. de dotis promiſs, & nuda pollicit. quod in C. Theodoſ. extat in l. penult. C. Theod. de dotib. Pro his verbis doti dicere, ſcripſit doti pro-

ti promittere in l. ſi rem. §. vlt. de nouation. l. auus, de iure dotium. l. ſi marito. §. 1. l. ſi ſocer. §. Lucius, ſolut. matrimon. Hæc facinora Triboniani vt nota facerem, & iuris ſtudioſis indicarem, poſui in tertia propoſitione, dotem dicendo conſtitui. Præterea eo conſilio id feci, vt iuris ſtudioſi intelligerent l. promittendo, h. t. n. In qua Iuriſconſultus Vlpianus ſcribit, promittendo dotem omnes obligari. Cum dicit promittendo, reſpicit Iuriſconſultus ad dictionem dotis, qua non omnes obligabantur aut poterant obligari, ſed tantum tres perſonæ, mulier ſcilicet, quæ nubebat, parens mulieris virilis ſexus, & debitor mulieris, ſi iuſſu eius diceret, vt ante à me dictum eſt.

A L I V D.

Ex pacto & pollicitatione actio non datur *l. iuriſgentium, §. igitur nuda pactio, de pact.* Igitur dos pacto & pollicitatione non conſtituitur. R. Primum explicandum eſt quid ſit pactum. Pactũ nihil aliud eſt, quàm duorum pluriumúe in idem placitum conſenſus *l. 1. de pactis. l. pactum, de pollicit.* Ea eſt vera pacti definitio. Et hæc omnia idem poſſunt, pactum, depectio, pactio, placitum, pactum conuentum, pactum & conuentum, pactum nudum. Interpp. differentiam conſtituunt inter pactum & pactionem, & pactionis nomen latius patere tradunt quàm pacti, & contractus pactiones appellari non pacta, & definitionem traditam in l. 1. de pactis, non eſſe pacti definitionem ſed pactionis. Id totum nugatorium eſt. Pactum à pactione non differt, & definitio tradita in l. 1. de pact. pacti eſt definitio non contractus. Interpp. hoc fefellit, quod viderunt conuenire in hoc contractus & pacta, quod & contractus & pacta ſint duorum pluriumúe in idem placitum conſenſus. Rurſus ſciebant aliud eſſe pactum, longè aliud contractum, & intelligebant nuſquam pacti appellatione contractum ſignificari. Itaq; eò prolapſi ſunt, vt definitionem pacti, pactionis eſſe, non pacti affirmarent, & conſtituerent inter pactionem & pactum differentiam, & contractus pactiones cenſerent appellari non pacta. Sed vt dixi nulla eſt differentia inter pacta & pactiones, & pactum in l. 1. de pact. definitur non contractus. Et illa definitione pactum ſeiungitur non tantũ à pollicitatione ſed etiam à contractu. Nam hoc vult definitio. Pactũ nihil aliud

eſſe

eſſe quàm conſenſum duorum vel plurium, nudum conſenſum nihil niſi conſenſum. At contractus amplius quiddam eſt, nempè duorum pluriumúe in id conſenſus, ex quo conſenſu contrahatur obligatio. Atque ita rectè συνάλλαγμα id eſt, contractum Theophilus definit, his verbis: συνάλλαγμα ἐστὶ δυὸ, ἢ καὶ πλειόνων εἰς τὸ αὐτὸ σύνοδος καὶ συναίνεσις, ἐπὶ τὸ συνίστασθαι ἐνοχὴν, καὶ τὸν ἕτερον τῷ ἑτέρῳ ποιῆσαι ὑπεύθυνον. Omnia verò pacta, nuda pacta ſunt, & nudum eſt pacti perpetuum Epitheton. Et quamuis nuda dicantur, non tamen propterea contrariæ appellationis, aliam pactorum ſpeciem comminiſci oportet. Sic medici morbos vocant acutos, nón ideò rectè dicemus, alios eſſe morbos obtuſos. Nunc ita reſpondeo. Nudum pactum actionem ſiue obligationem non parit, regulariter ſcilicet. Obligationem inquam ſiue actionem ciuilem. Nam naturalem obligationem parit. Connan. lib. 5. commentar. ſuor. multis defendit, pactum naturalem obligationem non producere. Sed fœdè in eo errat. Pactum enim naturalem obligationem producit. *Textus eſt expreſſus in l. 5. de ſolution.* Ciuilem obligationem non producit pactum, regulariter ſcilicet. Cæterum ſi pactum lege aliqua confirmetur, ſi lege vel Senatuſconſulto adiuuetur, tunc obligationem etiam ciuilem parit *l. legitima, de pactis.* In propoſito autem noſtro pactum iuuatur & confirmatur lege & conſtitutionibus Imperatorum *tot. tit. C. de dotis promiſſion.* & ideò pactum ad actionem prodeſt, obligationem ciuilem producit, & actionem parit.

ALIVD.

Acceptilatione contingit liberatio. Igitur malè nos dicimus dotem acceptilatione conſtitui. R. Duplex eſt acceptilatio. Alia nuda & ſimplex eſt. Alia fit interpoſita Aquiliana ſtipulatione. Nuda & ſimplex acceptilatio, tantum verborum obligationem tollit id eſt, ſtipulationem, dictionem dotis & iuſiurandum liberti, iurantis ſe operas munus, donum patrono daturum. Acceptilatio quæ fit præcedente Aquiliana ſtipulatione ad contractus refertur & contractus tollit. Contractus eſt vltrò citroq; obligatio. Acceptilatio eſt vltrò citroque liberatio.

Con-

Digitized by Google

Contractus eſt συνάλλαγμα Acceptilatio διάλλαγμα id eſt, diſtractus eaque à Iuriſconſulto his verbis definitur. Acceptilatio eſt liberatio quæ fit per mutuam interrogationem quæ contingit vtriuſque ab eodem nexu abſolutio *l. 1. de acceptilation.* Itaq; vtraque acceptilatione liberatio contingit, ſed cum acceptilatio fit dotis cauſa non eſt ſimplex liberatio, ſed dotis cauſa, atque ideò acceptilatione illa, dos conſtituitur, cum debitori marito acceptum fertur dotis conſtituendæ cauſa *vt Iuriſconſultus loquitur in l. promittendo, de iuredotium,*

A L I V D.

Si dos nuda pollicitatione conſtituitur, ſequetur quod ex nuda pollicitatione dotis, facta inter abſentes, non interueniente nuncio vel Epiſtola, dos poſsit peti. Sed dos non poteſt peti ex pollicitatione facta inter abſentes non interuenientibus nuncio vel Epiſtola. Igitur dos nuda pollicitatione non conſtituitur. R. Nego minorem. Probatur minor per l. 1. de contrah. empt. in fin. & per l. conſenſu, de obligat. & action. In illa lege generaliter definitur quod quæ conſenſu fiunt poſsint fieri inter abſentes, ſi vel Epiſtola interuenerit vel nuncius. Igitur pollicitatio quæ fit conſenſu ſimiliter, inter abſentes facta non valebit, niſi interuenerit nuncius vel Epiſtola. R. Lex 1. de contrah. emption. & l. conſenſu, de obligation. & action. loquuntur de contractibus qui perfici vnius conſenſu non poſſunt, ſed conſenſum duorum requirunt. Ideoque non fiunt inter abſentes niſi per literas vel per nuncium, conſenſum declarauerint. Nos loquimur de pollicitatione quæ ſolius offerentis eſt promiſſum ſiue promiſsio, & idcircò fieri poteſt inter abſentes non interuenientibus literis aut nuncio.

A L I V D.

Obſtat rurſus l. qui abſenti, de acquir. vel amittend. poſſeſs. Dominus abſenti ſeruo ſcribit vt ſit liber, ſeruus ſtatim liber non fit, ſed tunc demum cum certior de eo factus eſt. Igitur videtur dicendum, dotem etiam inter abſentes non aliter pollicitatione conſtitui, quàm ſi, cui dos promittitur, certior fuerit factus per nuncium vel per Epiſtolam. R. Hæc ſimilia non eſſe.

Digitized by Google

Nam cum dominus ſeruo ſcribit vt ſit liber, ſeruus ad libertatem non peruenit antequam certior de eo fuerit factus, quia hæc eſt mens domini, vt ſeruus non ſtatim fiat liber ſed primum vbi fuerit certior factus *d. l. qui abſenti*. At qui dotem pollicetur abſens, ea eſt mente, eo animo quod ſtatim velit obligari, & idcircò ex pollicitatione tenetur & obligatur etiam eo certiore non reddito cui dotem promiſit.

IV. Propoſitio.

Tenetur verò pater officij paterni ratione dotare filiam, vt eò celeriùs ſibi conditionem quærere, & elocari poſſit.

V.

Quid ergo ſi filia locuples ſit, & bona propria habeat? Adhuc à patre ei dotem dandam verius eſt.

ARGVMENTVM PRIMVM.

Ab alimentis ad dotem rectè argumentamur. *Bartolus in authentica res quæ. Codice, communia de legatis.* Sed ita eſt quod pater non cogitur alere filiam locupletem *l. ſi quis a liberis, de agnoſcendis & alendis liberis.* Igitur videtur dicendum quod nec cogatur filiam locupletem dotare. Reſpon. De hac quæſtione, an pater filiam locupletem cogatur dotare, diù multumque cogitaui, & complures rationes, vt inter cogitandum fieri ſolet let, inueni, quæ in vtramque partem adduci poſſunt, iiſque ponderatis diligenter & excuſsis, vidi, ipſo iure verius & rectius poſſe dici ac defendi, filiam etiam locupletem à patre dotandam eſſe. Et ſi ſub iuramento meam dicere deberem ſententiam,

tiam, non poſſem aliter dicere. Nam vbicunque dicitur, parentes cogi dotare filias, non diſtinguitur inter filias vtrum locupletes ſint nec ne. Sed ſimpliciter traditur, dotem filiabus à parentibus deberi, *vt in l. qui liberos, de ritu nuptiar.* Qui liberos quos in poteſtate habent &c. Itaque dicendum omninò videtur, filiæ etiam locupleti dotem deberi à parentibus. *Et hoc Iuſtinianus diſerte videtur velle in l. vltima C. de dotis promiſſione.* Ea lex vna eſt ex quinquaginta deciſionibus, quas Iuſtinianus ſecundæ Codicis editioni inſeri iuſsit, quia continet quæſtionem controuerſam antiqui iuris, eiuſque deciſionem, qua ex re quinquaginta illæ deciſiones dignoſcuntur *vt rectiſſimè poſt Baldum in d. l. vlt. Alciatus tradidit*, In ea autem lege Iuſtinianus ſtatuit, vt ſi pater pro filia ſimpliciter dotem dedit, de bonis patris, dos data videatur quamuis filia propria bona habeat. Olim filia quæ in poteſtate erat, nihil proprium habebat, ſed omnia quæ illi obueniebant, quæque filia acquirebat, patris erant ſine vlla diſtinctione profectitij vel aduentitij peculij. *§.1. Inſtit. per quas perſonas cuique acquiritur.* Sed hoc paulatim ab Imperatoribus fuit immutatum. Primum Conſtantinus excepit bona materna quorum vſumfructum penes patrem duntaxat eſſe voluit *l. 1. & 2. C. Theodoſiano de bonis matern.* Poſtea Gratianus, Valentinianus & Theodoſius, Arcadius & Honorius, de bonis materni generis idem conſtituerunt *l. 3. & 4. C. Theodoſiano de bonis maternis.* Poſt eos Theodoſius & Valentinianus ad bona quæ ex matrimonio obueniunt id ipſum quoque perduxerunt. *l. 5. Codice Theodoſiano. Eodem.* Leo & Anthemius ad ea quæ ex ſponſalibus manant. *l. 4. & 5. C. de bonis quæ liberis.* Tandem Iuſtinianus excepit omnia aduentitia bona, quorum proprietatem liberis vult conſeruari. *l. cum oportet. C. de bonis quæ liberis.* Sic itaque filia ex Imperatorum beneficio & conſtitutionibus, propria bona habere poteſt. Et ſi pater ſimpliciter dotem dederit pro filia, quæ propria bona habet de ſuis tantum bonis, non de ijs quæ filiæ ſunt, dotem dediſſe videtur. Id primum Iuſtinianus ſtatuit in l. vltim. C. de dotis promiſsion. Et ſubiungit rationem decidendi his verbis. Neq; enim incognitæ ſunt leges, quibus cautum eſt, omninò paternũ officium eſſe, dotem & donatio-

nem propter nuptias pro ſua progenie conſtituere. Illis verbis manifeſtè oſtendit, leges, quod ſupra dixi, velle, vt pater filiam etiam locupletem dotet. Loquitur Iuſtinianus de filia locuplete, & nihilominus dicit, officium paternum eſſe, vt dotem conſtituat de bonis ſuis. Textus igitur expreſſus ibi, quod pater filiam, etiam quæ propria bona habet, dotare tenetur. Et quamuis verum ſit quod officium interdum pro libera voluntate & facultate accipitur *vt in l. in commodato. §. ſicut, Commod.* tamen textus in d. l. vltim. C. de dotis promiſsion. eam expoſitionem non patitur, *quod tamen Alciatus lib. 7. Parergon. c. 3. & Corraſ. in l. qui liberos, de ritu nuptiar. voluerunt.* Quinimò officium in libris noſtris vt plurimum neceſsitatem ſignificat, *vt oſtendunt tituli lib 1. Pandectarum & C. de officio Præſidis &c.* Deinde Iuſtinianus in d. l. vltim. C. de dotis promiſs. ſtatuit, vt ſi pater partim ex ſuis bonis, partim ex ijs, quæ filiæ ſunt, dotem ſe dare dixerit, tota dos ex patris bonis ſumatur. Poterat enim, inquit Iuſtinianus, pater ſecundum ſuas vires, dotem pro filia dare, & conſentire filiabus quando voluerint partem vel totam ſuam ſubſtantiam quam habent paternæ liberalitati pro dote aggregare, vt reuera appareat quid ipſe velit dare, & quid de ſubſtantia filiorum proficiſcatur. Certè illis verbis euidenter Iuſtinianus oſtendit quod pater neceſſè habeat etiam filiam propria bona habentem, dotare. Poterat inquit, id eſt, debuerat parens, quia verbum poteſt neceſsitatem vt plurimum ſignificat *l. non quicquid, de iudicijs.* Poſtea inquit poterat conſentire filiabus volentibus aggregare ſuam ſubſtantiam. Verbo aggregare oſtendit Imperator quod parens cogatur etiam inuitus filiæ locupleti aliquid dare, quæ poſtea paternæ donationi aggregabit vel aggregare poteſt ſuam propriam ſubſtantiam. Probat igitur lex illa, vt tandem concludam, quod pater filiam locupletem debeat dotare. Interpp. quoque iuris ciuilis veteres, Bartolus, Baldus, Azo, Caſtrenſis ac reliqui in illa ipſa ſunt ſententia recentioribus præſertim Gallis diſſentientibus, *vt Alciato, lib. 7. Parergon. c. 3. Corraſio in l. qui liberos, de ritu nuptiar. Connano lib. 8. c. 8. Duareno in tit. de iure dotium.* Sed ego veterum ſententiam veriorem eſſe puto eamq; probo. Nec obſtat argumentum in contrarium adductum, quo

potiſsi-

potiſsimum Galli vtuntur. Argumentum tale fuit. Ab alimentis ad dotem rectè argumentamur. Sed pater non cogitur alere filiam locupletem. Igitur nec dotare. R. Duobus modis. Primum maiorem nego, nec enim rectè ab alimentis ad dotem argumenta ducuntur. Mater cogitur alere filiam *d. l. ſi quis à liberis, de agnoſcend. & alend. liber.* At mater non cogitur dotare filiam *l. neq. C. de iure dotium.* Similiter liberi coguntur alimonia præbere parentibus *d. l. ſi quis a liberis.* At liberi non coguntur dotes dare aut donationes propter nuptias. Sequitur igitur non rectè ab alimentis ad dotem argumenta duci. Deinde etſi conceſſero argumenta ab alimentis ad dotem rectè duci: tamen ea non procedunt cum inter dotem & alimenta euidens eſt differentiæ ratio, *vt rectiſsimè Bartolus tradidit in l. final. de his quibus vt indign.* Euidens eſt differentiæ ratio inter alimenta & dotem, cum quæſtio eſt an pater filiam locupletem debeat dotare vel alere. Filiam locupletem non cogitur alere, vt ipſa filia ad vitæ honeſtatem excitetur, & laborando lana ac tela victum ſibi paret & augeat bona ſua. Dotare cogitur filiam locupletem vt commodius nubat. Intereſt Reipublicæ vt mulieres nubant *l. 1. ſolut. matrimon. l. 2. h. t.* ideoque dotes eis dantur & conſeruantur. At multò facilius nubit quæ dotem à patre accipit & præterea propria ſua bona habet, quæ ad virum poſsit deferre, quæ παράφερνα dicuntur quod præter dotem ad virum deferantur. Itaque cogitur pater filiam locupletem etiam dotare, at alere filiam locupletem non cogitur.

A L I V D.

Pater cogitur dotare filiam non iure ordinario, ſed extra ordinem officio iudicis. Ordinarium ius eſt, quod per actiones & interdicta, per iudices datos, ſine prætoria cognitione ciuiliter exercetur *l. 1. §. 1. ſi ventris nomi. l. vltim. de priuat. delictis.* Extraordinarium ius eſt, cum ipſe Magiſtratus cognoſcit. *Suetonius in Claudio c. 15.* Alium interpellatum ab aduerſarijs de propria lite, negantemque cognitionis rem, ſed ordinarij iuris eſſe, agere cauſam confeſtim apud ſe coëgit. Sed extraordinarium ius in æquitate poſitum eſt *l. planè l. final. de petition. hereditat.* & æquitate ceſſante ceſſat. Sed æquitas ceſſat cum mulier habet vnde

Digitized by Google

ſe dotet *l. mulier. §. cum proponeretur ad Senatuſconſultum Trebell.* Igitur videtur dicendum quod pater filiam quæ habet propria bona, dotare non cogatur. R. ad maiorem. Pater cogitur dotare filiam extra ordinem. Id veriſsimum eſt, *l. qui liberos, de ritu nuptiar.* Nunc ad minorem. Extraordinarium ius in æquitate eſt poſitum, *d. l. planè & d. l. final. de petition. hered.* Ibi non agitur de iure extraordinario, ſed loquuntur duæ illæ leges, de iure ordinario. Id titulus ipſe indicat, de petion. heredit. Petitio hereditatis eſt actio ordinaria, iudicium ordinarium, hereditas per actionem petitur apud centumuiros. Et quod dicitur in d. l. planè, de petition. heredit. officio iudicis contineri, vt in prædonis quoque perſona habeatur ratio impenſarum neceſſariarum & vtilium, ijs verbis ſignificatur, ad officium iudicis dati pertinere, vt eum qui hereditatem petit, condemnet, vt prædoni neceſſarias & vtiles impenſas reſtituat. Item dum dicitur in l. vltim. Eodem. quod per officium iudicis conſulatur patri qui paratus eſt reſtituere filio emancipato hereditatem matris, quam pater antequam filium emanciparet, percepit, vt quæ erogauit in honorem filij, cum eſſet ſenator, non reſtituat, ijs verbis ſignificatur ad officium iudicis dati pertinere vt pronunciet patrem ad reſtitutionem hereditatis teneri, ſed habita ratione eius quod in honorem filij erogauit. Sic igitur breuiter concludo. Pater cogitur dotare filiam officio iudicis quod actioni non cohæret, id eſt, extra ordinem. Sed officium iudicis conſiſtit in æquitate. *d. l. final. & l. planè*, officium ſcilicet quod actioni cohæret. Nam vt dixi de iure ordinario duæ ll. illæ loquuntur.

A L I V D.

Quod contra ius commune eſt introductum, ſic eſt interpretandum vt quàm minimè lædat ius commune *l. ſi ſerui veſtri. C. de noxalibus. action* Sed quod pater cogitur dotare filiam contra ius commune eſt introductum, Quia filia nihil habet iuris in bonis patris viuentis. *l. 1. §. ſi impuberi, de collat.* Igitur ſic eſt interpretandum, vt quàm minimè lædat ius commune, vt procedat ſi filia propria bona non habeat. R. Maior tranſeat *quæ fundatur in l. ſi ſerui veſtri. C. de noxalibus action.* Species hæc eſt. Lege mu-

municipali cautum eſt vt centum pendat qui furtim arbores ceciderit. Serui L. Titij, Lucio Titio neſciente, vel prohibente, furtim arbores cæciderunt. Quæritur an Lucius Titius teneatur in centum. Imperator reſcripſit, in arbitrio & poteſtate domini eſſe, ſeruum vel noxæ dedere, vel pro eo pœnam a lege ſtatutam præſtare atque ita Imperator innuit, legem illam municipalem quæ contra ius commune introducta eſt, quo dominus ſeruum qui deliquit, vel noxæ dat, vel litis æſtimationem præſtat, ita accipi debere, vt ius commune quàm minimè lædat. Maior igitur vera eſt. Ad minorem reſpondeo. Primum in minore obſeruandum eſt, quod pater non cogatur dotare filiam lege aliqua municipali, ſicuti lege municipali ſtatuta erat pœna in eum qui furtim arbores cæderet, ſed iure ciuili Romano, atque ita hic primum magna eſt diuerſitas. Deinde nego minorem. Nec enim contra ius commune eſt introductum, quod pater cogitur dotem præſtare filiæ. Imò idipſum iuris communis eſt. Et quod dicitur, filium nihil habere iuris in bonis patris viuentis, verum non eſt. Filius multum habet iuris in bonis patris etiam viuente patre. Intelligitur ex eo quod pater velit nolit, cogitur filiæ legitimam relinquere. Item ex eo quod filius viuo patre quodammodo dominus eſt. *§. ſui autem, Inſtitut. de hered. qual. & differentia Auſonius.*

Iuſta quidem ſeries patri ſuccedere verum.

Eſſe ſimul dominos, gratior ordo pijs.

Hinc filius poſt mortem patris, non dicitur hereditatem adire, ſed dicitur heres exiſtere, habet ius ἀναφαύσεως *vt rectiſſimè Iacobus de Ardizone tradidit.*

A L I V D.

Obijcitur l. mulier. §. cum proponeretur, ad Senatuſconſultum Trebell. Pater filiam ſuam heredem inſtituit & rogauit vt ſi ſine liberis decederet, hereditatem reſtitueret Titio. Filia poſt mortem parentis nupſit, & marito ſuo centum in dotem dedit. Poſtea ſine liberis decedens, heredem inſtituit maritum. Maritus non poteſt heres eſſe, ſed hereditas ab illo aufertur, & datur Titio, cui filia rogata erat hereditatem reſtituere. Sed quæritur, an ſaltem dos detrahatur. ICtus reſpondet, dotem detrahi & dotem in euerſionem fideicommiſsi datam non eſſe, quia, inquit, dos mulieris pudicitiæ & patris voto congruit.

Sub-

Subiungit autem Iuriſconſultus, ſi tantos fructus ex hereditate mulier percepit, vt inde doti poſsit ſatisfieri, ex fructibus mulier dotem dare debet, qui in fideicommiſſaria hereditatis reſtitutione non veniunt niſi mora facta fuerit, aut quis ſpecialiter fuerit rogatus etiam fructus reſtituere. *l. in fideicommiſſaria, ad Senatuſconſultum Trebellian.* Ex illis verbis poſtremis, videtur dicendum quod pater filiam locupletem dotare non cogatur. Nam ſi filia ex fideicommiſſaria hereditate percepit fructus qui ad dotem dandam ſufficiunt, non ſumitur dos ex ipſa fideicommiſſaria hereditate, ſed ex fructibus illis. Igitur cum filia propria bona habet, pater illam dotare non cogitur. R. Etiam cum ex fructibus perceptis ex fideicommiſſaria hereditate filia marito dotem dat, dotem intelligitur dare de bonis patris, non de ſuis bonis. *Probo per textum in l. quod de bonis. §. quod auus ad l. Falcid.* Auus ibi nepotem, cui ex tutelæ adminiſtratione centum debebat heredem inſtituit, ac rogauit, vt ſi intra certam diem vita ſine liberis decederet, bona tam hereditaria quàm propria Titio reſtitueret. Nepos in ratione Falcidiæ ponenda, ſuum creditum cum ære alieno vult deducere, quia regula iuris eſt, cum ratio ponitur legis Falcidiæ, ante æs alienum deducitur. Legatarij factam debiti cum hereditate compenſationem contendunt, neque vllam eo nomine fieri oportere deductionem. Quæritur quid iuris ſit? Papinianus reſpondet, nullam factam compenſationem videri. Neque obſtare, quod exiſtente conditione fideicommiſsi, ſi intra certam ætatem nepos ſine liberis deceſſerit vita, nepos propriorum bonorum fideicommiſſo teneatur. Nam & hoc caſu non cum hereditate, ſed cum fructibus pendente conditione perceptis debitum compenſari. Hoc eſt quod inquit Papinianus. Planè ſi conditio fideicommiſsi fuerit impleta, fructus hereditatis poſt mortem aui percepti, pari pecunia, debito tutelæ compenſabuntur. Ecce quod auus nepoti ex cauſa tutelæ debuit, id compenſatur cum fructibus hereditatis fideicommiſſariæ. Inde ſequitur fructus ex bonis patris eſſe, atq; ideò ſi filia ex fructibus perceptis ex fideicommiſſaria hereditate dotem marito dederit, de bonis patris, dotem adhuc videtur dediſſe, non de ſuis bonis.

Propo-

Digitized by Google

VI. Propoſitio.

Mater verò filiæ dotem dare non cogitur, niſi ex magna cauſa, vel, vt Interpretes loquuntur, in caſu ſummæ inopiæ patris.

VII.

Quod ſi tamen mater hæretica ſit, filia orthodoxa, dos à matre filiæ omnino danda eſt.

ARGVMENTVM. I.

Omnia bona hæreticorum confiſcantur, authent. *Gazaros. C. de haret.* Igitur mater hæretica filiam dotare non poteſt. Reſpon. Vulgò ita reſpondent quod Anthent. Gazaros non procedat cum extant filij Orthodoxi, quibus legitimam qua ſe alãt, ſaltem æquũ eſt in bonis patris reſeruari, atq; ita filiabus dotem quæ eſt loco legitimæ *l. quoniam. C. de inofficioſ. teſtam.* Hæc eſt communis ſolutio. Ego verò in ea non poſſum acquieſcere. De hæreticorũ bonis triũ Imperatorum conſtitutiones extant. Prima conſtitutio eſt Anaſtaſij in l. cognouimus. C. de hæreticis. Ex ea conſtitutione hæreticorum bona, ſiue teſtati ſiue inteſtati decedant, ad liberos eorum orthodoxos pertinent. Liberis orthodoxis non extantibus, pertinent ad cognatos orthodoxos. Si cognati orthodoxi non extent, tunc demum bona ad fiſcum deferuntur. Dum verò viuunt hæretici, coguntur liberos orthodoxos alere & dotare. Secunda conſtitutio eſt Iuſtiniani in Nouell. 115. quæ ferè cum Anaſtaſij conſtitutione congruit. Nam ex ea conſtitutione non poſſunt hæretici parentes, ſi orthodoxos liberos habeant, alios quàm ipſos heredes inſtituere, vel liberis non extantibus, cognatos ſuos. Et ſi ex liberis, ali orthothodoxi, alij hæretici appareant, omnis ſubſtantia parentis ad orthodoxos peruenit, & fratres eorum hæreticij, ſi in eodem errore perſeuerauerint vſque ad mortem nihil omninò accipiunt. Si autem pœnitentiam egerint, portiones ſuas capiunt ſine fructibus tamen medij temporis, & ſine vlla de adminiſtratione rerum moleſtia. Quod ſi omnes liberi hæretici fuerint, alij autem cognati defuncti orthodoxi exiſtunt, ipſi liberis anteponun-

Digitized by Google

tur in ſucceſsione. Quod ſi & ipſi hæretici fuerint, ſiquidem is qui defunctus eſt, habitum Clerici habuit, Eccleſiæ ciuitatis in qua domicilium habuit, ſubſtantia eius defertur, ſic tamen, vt ſi intra annum non vindicauerint Eccleſiaſtici, huiuſmodi perſonarum patrimonia ad fiſcum deuoluantur. Si autem Laici fuerint, ſine vlla diſcretione res eorum fiſco vindicantur. Et hæc obtinent non ſolum ſi teſtamento ſcripto hæreticus deceſſerit ſed etiam ſi inteſtatus defunctus ſit. Secundum ius igitur Codicis & Nouellarum Conſtitutionum Imperatoris Iuſtiniani, bona hæreticorum ipſis hæreticis viuentibus non confiſcantur, nec etiam confiſcantur poſt mortem eorum, ſi orthodoxos liberos vel cognatos reliquerint, atque ità mater hæretica cogitur filiam dotare. Tertia Conſtitutio eſt Frederici quæ extat ſub tit. de ſtatu. & conſue. &c. lib. 2. in vſibus feudor. & ex ea Irnerius deſcripſit Authenticam Gazaros C. de hæreticis. Ex ea autem conſtitutione Frederici, omnium hæreticorum bona ex illo ſtatim tempore, quo conſtiterit, eos hæreticos eſſe confiſcantur, nec ad liberos eorum perueniunt. Confert Imperator Fridericus, hæreticos cum reis criminis læſæ maieſtatis. Rei læſæ maieſtatis hac pœna afficiuntur vt bona confiſcentur. Ergò multò magis ei ſubijci debent hæretici, quia multò grauius eſt æternam quàm temporalem offendere maieſtatem, atque ita ex conſtitutione Friderici, eadem pœna hæretici, & rei læſæ maieſtatis plectuntur. Ex eo ſequitur quod mater hæretica, ſecundum conſtitutionem Friderici, non poſsit dotare filiam. Item ex eo ſequitur verum non eſſe quod Interpp. tradunt, filijs orthodoxis ſeruari legitimam qua ſe alant. Nam ſi tanquam rei maieſtatis hæretici puniuntur, filijs legitima non relinquitur *l. quiſquis, ad l. Iuliam maieſtatis.*

A L I V D.

Mater cogitur filiæ legitimam relinquere. Ergò cogitur filiam dotare, quia dos eſt loco legitimæ. *l. quoniam Nouella. C. de inoffiicioſ. teſtamento.* Reſpon. Parentes poſſunt inter liberos hereditatem prout volunt diuidere, & vni liberorum plus dare, alteri minus. Ita tamen vt is qui minus accipit, legitimam ſuam habeat.

Digitized by Google

habeat. *l. parentibus. C. de inoffic. teſtam.* Si minus legitima acceperit, non agit querela inofficioſi, ſed agit ad ſupplementum legitimæ. *§. final. Inſtitut. de inoff. teſtam.* Legitima autem olim erat quadrans, hodiè triens eſt vel ſemis pro numero liberorum. Et hæc omnium liberorum legitima ſimul eſt. Vt ſi ſunt tres filij illorum legitima ſimul eſt triens. Vnius legitima, vncia & pars tertiæ vnciæ. Legitima verò dicitur, non quod debita ſit iure naturæ vt Interpp. ſomniant, Natura enim non præſcripſit certam quantitatem etſi liberos ad ſucceſsionem vocet *l. final. de bonis damnator. l. ſcripto herede. §. final. ſi tabul. teſtam. null. extant.* Sed legitima dicitur, quod ex aliqua lege ciuili deſcendat, & fortè ex l. Glicia, quæ querelam inofficioſi teſtamenti introduxit, *vt conſtat ex inſcriptione l. 4. de officioſ. teſtam.* quæ ſumpta eſt ex lib. ſingulari Caij ad l. Gliciam. Mater igitur filiæ legitimam cogitur relinquere. Hoc antecedens verum eſt. Sed inde non ſequitur quod cogatur filiam dotare. Legitimam relinquere cogitur in vltima voluntate. Dos verò datur inter viuos. Et ſi mater vltrò ac ſpontè filiæ ſuæ dotem dederit, cogitur filia poſt mortem matris dotem conferre, itemque dos in legitimam quæ neceſſariò relinquenda eſt imputatur, vt filia ſi dotem accepit, non poſsit inſtituere querelam inofficioſi teſtamenti, atque ita dos eſt loco legitimæ.

Qui ſunt Orthodoxi? Qui Hæretici?

Orthodoxos dicimus eos qui communicant in ſacroſancta Eccleſia Catholica, in qua omnes Patriarchæ vna conſpiratione & concordia colliguntur, & quatuor ſancta Concilia prædicantur. Nicenum, Conſtantinopolitanum, Epheſinum primum, & Chalcedonenſe.

Hæreticos autem eos dicimus qui Catholicis non conueniunt, quibus connumerari neceſſè eſt Neſtorianos atq; Acephalos. *Iulianus Patricius in Nouella 107.*

VIII. Propoſitio.

Dari autem in dotem poſſunt res omnes, quæ in commercio ſunt, etiam incorporales, æſtimatæ & inæſtimatæ, etiam indefinitè promiſſæ, ad arbitrium boni viri reducendæ.

ARGVMENTVM. I.

Incertitudo vitiat legatum. Vt ſi teſtator leget fundum generaliter, non adiecto nomine, legatum nullius eſt momenti. *l. cum poſt diuortium. §. gener à ſocero, de iure dotium.* Igitur etiam incertitudo dotis conſtitutionem vitiat. R. ex ſententia Papiniani in d. l. cum poſt diuortium. §. gener à ſocero, de iure dotium, hæc ſimilia non eſſe, & magnam eſſe, vt Papinianus loquitur, inter modum conſtituendæ dotis & corpus ignotum, differentiam. Licet enim pater dotem generalem & incertam promittat: tamen illa dotis conſtitutio omninò incerta non eſt. Hominis prouiſione incerta eſt. At legis prouiſione eſt certa, Quippè lex præſumit, patrem, dotem indefinitè & generaliter promittentem, promiſiſſe dotem pro modo ſuarum facultatum & dignitate mariti. Sic Papinianus docet, Dotis inquit quantitas pro modo facultatum patris & dignitate mariti, conſtitui poteſt. Id eleganter Harmenopulus his verbis expreſsit lib. 4. tit. 8. πατὴρ ἐπαγγειλάμενος προῖκα ὑπὲρ τῆς ἰδίας θυγατρὸς, κἂν μὴ εἴπῃ ποσότητα, ἔρρωται ἡ ἐπαγγελία. ὁ γὰρ πατὴρ οὕτω λέγων οὐχ ὅσην λέγει δίδωσι προῖκα, ἀλλὰ ὅσην εὐπορεῖ. Legatum autem fundi generaliter relictum, omninò eſt incertum. Hominis prouiſione eſt incertum quia certus fundus non eſt demonſtratus quem heres legatario debeat præſtare. Legis etiam prouiſione eſt incertum quod ita oſtendo. Fundi non eſt certa aliqua finitio. Nam vna gleba, fundus dici poteſt, & locus modicus fundus eſt *l. locus, de V. S.* ibi Iuriſconſultus inquit, Locus &c. Itaque cum lex non definiat quanta portio fundi, appellatione fundi veniat, poſſet heres vnam glebulam legatario præſtare, & liberari, atque ita deriſorium potius quàm vtile eſſet

eſſet legatum *vt loquitur Iuriſconſultus in l. ſi domus, de legat. 1.* Quod de fundo dixi, idem de domo ſentiendum eſt. Nam & viliſsima quæque materia domus dici poteſt, & noſtra deſtinatione fundorum nomina & domus, non natura conſtituuntur *vt loquitur Pomponius in l. quod in rerum natura. §. final. de legat. 1.* Eſt igitur legatum fundi & domus omninò incertum & prouiſione hominis & legis prouiſione, & ideò non valet. Conſtitutio dotis quæ fit à patre generaliter, incerta eſt hominis prouiſione, at legis prouiſione certa, & ob id non eſt inutilis. *d.l.cum poſt diuortium. §.gener à ſocero,de iure dot.* Porrò non ſolum vitiat legatum incertitudo, quæ ratione rei legatæ contingit, ſed etiam illa incertitudo quæ contingit ratione legatariorum. Vt ſi duo ſint Titij, amici teſtatoris, & teſtator Titio amico ſuo leget, inutile eſt legatum propter incertitudinem, quod non conſtat vtri Titio teſtator legare voluerit *l. 3. de adimend. legat.* Et hæc incertitudo neque à lege explicatur, neque ab herede explicari poteſt, quoniam legatarij inuicem ſibi obſtant. Primùm enim ſi vterque vindicet legatum, quaſi ſibi non alteri legatum ſit inuicem ſibi obſtat,& ideò neuter vindicat. Vnus repellitur propter alterum. Vel ſi agant in perſonam, & offerant cautionem, defenſum iri heredem aduerſus alterum, hoc quoque caſu heres vtrique non poteſt ſatisfacere. Ergo neutri, & agentes in perſonam inuicem ſibi quoque obſtant, idque facit, ne heres legatum poſsit explicare.

A L I V D.

Diximus legatum incertum non valere. Obſtat l. cum incertus homo, de legatis 1. & l. legato. Eod. In illis ll. dicitur, legatum generaliter relictum valere. Idem oſtendit Imperator in §. ſi generaliter. Inſtitut. de legat. Legatum igitur incertum valet. R. Oportet differentiam conſtituere inter hominem & fundum. Homine generaliter legato, ſiue incerto homine legato, hoc modo, hominem do, lego, certa eſt demonſtratio rei legatæ, quia certa eſt hominis finitio. Idem eſt ſi legetur, equus, bos, ſcyphus, lanx aut alia quælibet ſpecies, cuius ſit certa finitio. Secus eſt vt ante dixi in fundo & domo. Fundo legato generaliter aut domo legata, non eſt certa demonſtratio rei lega-

tæ, non eſt certa finitio fundi, quia modicus locus & vna gleba eſt fundus, & viliſsima quæque materies eſt domus. Hac igitur ratione, hominis legatum generaliter relictum valet, etſi teſtator nullos homines reliquerit. Valet item lancis legatum etſi nullam lancem teſtator reliquerit. Nam quid teſtator præſtare voluerit, ſatis conſtat. Harum enim rerum eſt certa finitio. Qui hominem dicit, ſatis, quid legatum velit, demonſtrat, deſignat, deſcribit. Non idem eſt in fundo & domo.

A L I V D.

Incertitudo vitiat tutoris dationem *l. duo ſunt Titij, de teſtamentor. tutel.* Teſtator duos habens amicos Titios, Titium tutorem dedit. Hæc datio tutoris, quia non conſtat de quo Titio teſtator ſenſerit, non valet. Igitur videtur dicendum, incertitudinem vitiare etiam dotis conſtitutionem. R. Hæc etiam ſimilia non eſſe. Nam dotis conſtitutio omninò incerta non eſt, vt ante dictum eſt, & lex definit modum dotis, quamuis pater certum modum non expreſſerit. Sed datio tutoris omninò eſt incerta. Teſtator enim non expreſsit, vter ex duobus illis Titijs tutor eſſe debeat, ſed hoc ſaltem dixit, Titium debere eſſe tutorem. Lex etiam non definit, vtri ex duobus illis Titijs tutela committi & commendari debeat. Itaque tutoris datio eſt omninò incerta, & hominis prouiſione & legis prouiſione. Et quamuis verum ſit, valere legatum, ſi teſtator duos vel plures habens Stichos, Stichum legauerit *l. ſi quis à filio. §. penult. l. cum ſeruus. §. 1. de legat. 1.* tamen id ad tutoris dationem porrigi non debet. In cauſa tutelæ incertitudo vitiat tutoris dationem. Legatum ſuperius, incertitudo non vitiat. Ratio differentiæ hæc eſt. Incertitudo in legato poteſt explicari electione heredis. Nam legatarius dicet heredi, Incertum quidem & obſcurum eſt, quid mihi ſit legatum, ſed dato quod volueris, atque ita tollitur incertitudo, tolletur obſcuritas. At in tutore dato non eſt qui poſsit eligere, non eſt quo obſcuritas poſsit explicari. Nam ſi eſt aliquis, eſt is vel pupillus vel heres. At pupillus non habet tutoris optionem. Heres etiam non poteſt tutorem eligere, quoniam ſicut legatum ab herede relinquitur, ita etiam tutor

tor ab herede non datur. Tutoris datio nihil ad heredem. Heres tutoris dationis non eſt Interpres idoneus, quia ab eo tutor non datur. Itaque neuter tutor eſt.

ALIVD.

Incertitudo vitiat ademptionem legati. Vt ſi teſtator duobus Titijs legauit fuudum Tuſculanum, & Titio poſtea fundum ademit, inutilis eſt ademptio *l. 3. de adimend. legat.* Igitur incertitudo vitiat etiam dotis conſtitutionem. Reſpon. ad antecedens. Incertitudo vitiat ademptionem legati quia incertitudo illa, nullo modo poteſt explicari, ſicut non poteſt explicari cum Titio legat, & duo ſunt Titij, vt ante dictum eſt. Sicut datio legati ex ea cauſa nulla eſt, ita nulla eſt etiam ademptio. At incertitudo quæ contingit cum pater generaliter & indefinitè dotem promittit, explicatur à lege & pater dotem videtur promiſiſſe pro modo ſuarum facultatum & dignitate mariti. *d. l. cum poſt diuortium.* Illud notandum eſt, quod cum d. l. 3. de adimend. legat. vehementer pugnat l. ſi fuerit, de rebus dubijs. Ibi duobus eiuſdem nominis legatum erat, puta Sempronijs, & poſtea Sempronio legatum erat ademtum Iuriſconſultus dicit in vtriuſque perſona ademptionem legati valere, quod vehementer cum iam dictis pugnat. Ita dicendum eſt in l. 3. de adimend. legat. Teſtator legauerat duobus Titijs ſeparatim, quod Iuriſconſultus nominatim ibi ſignificat. Deinde ademit Titio legatum, nec apparet de quo ſenſerit, ademptio non valet, ὁμωνυμία vitiat ademptionem & quodlibet ſcriptum. Verum in l. ſi fuerit, teſtator legauit duobus Titijs coniunctim, hoc modo, Titijs do lego, vel Titio & Titio do lego, & poſtea Titio ſingulari nomine legatum ademit, vtrique videtur ademiſſe legatum. Quos enim teſtator coniunxit in dando, eos videtur etiam coniunxiſſe in adimendo, qua coniectura non vtimur ſi duobus Titijs ſeparatim legauerit.

ALIVD.

Incertitudo vitiat ſtipulationem, vt ſi quis generaliter ſtipuletur fundũ, nulla eſt ſtipulatio, *l. cum poſt diuortiũ. §. gener à ſocero,* de

de iure dotium l. ita ſtipulatus 115. de Verborum obligation. Igitur vitiabit & dotis conſtitutionem. R. vt ſupra de legato, quod incertum eſt, reſpondi, hæc ſimilia non eſſe, atque ita Iuriſconſultus Papinianus reſpondet. Nam ſtipulatio fundi generalis omnino eſt incerta. At ſtipulatio dotis omninò incerta non eſt. Pater enim videtur dotem promiſiſſe pro modo ſuarum facultatum & dignitate, mariti. Ita autem fundi ſtipulatio generalis omnino eſt incerta, ſi promiſſor nullos fundos habuerit. Si habuerit fundos, ſtipulatio non omninò eſt incerta, ideoque vtilis eſt, & ex ſtipulatione datur actio ex ſtipulatu. *§. 1. Inſtitut. de Verbor. obligation.* quæ etiam actio incerti dicitur *l. 4. de vſur.* & incerta actio. *l. 3. C. de inutil. ſtipulat.* Sic legatum fundi generale valet, ſi teſtator fundos reliquerit. Si nullos fundos reliquerit, legatum eſt inutile, deriſorium magis quàm vtile eſt *vt ICtus loquitur in l. ſi domus, de legat. 1.*

A L I V D.

Sententia incerta non valet. *tot. tit. de ſentent. qua ſine quantitat. certa profertur lib. 7. C.* Vt finge, mulier ſoluto matrimonio dotem repetijt. Iudex pronunciauit in hæc verba. Quæ bona fide accepiſti, ſolue. Hæc ſententia non valet. *l. vltim. C. de ſentent. &c.* Igitur nec dotis incerta conſtitutio valebit. R. Hæc ſimilia non eſſe. Sententia incerta ideò non valet quod omninò eſt incerta. Hominis prouiſione eſt incerta quia iudex non expreſsit quid quale aut quantum præſtari debeat, nec poteſt poſt ſententiam idipſum iudex exprimere, quia legibus cautum eſt quod iudex ſententiam ſuam corrigere non poſsit, *l. iudex, de re iudicat.* Iudex inquit Iuriſconſultus poſteaquam ſemel ſententiam dixit, iudex eſſe deſinit. Et ſubijcit, hoc iure vtimur vt iudex qui ſemel, vel pluris vel minoris condemnauit, amplius corrigere ſententiam non poſsit. Semel enim vel malè vel benè officio ſuo functus eſt *l. iudex, de re iudicat.* Eſt etiam incerta prouiſione legis, cum legibus ipſis ſententia non valeat & pro nulla habeatur. Idem de libello incerto iudicium eſto. Dotis autem promiſsio generalis ſiue incerta, legis prouiſione eſt certa, vt ſæpius iam dictum eſt.

A L I V D.

ALIVD.

Obſtat l. 1. C. de dotis promiſs. R. Lex prima C. de dotis promiſsio: non loquitur, de parente, ſed de muliere, quæ marito ſuo dotem indefinitè, id eſt, nulla quantitate expreſſa promiſit. Hæc non tenetur. Pater verò qui dotem indefinitè promiſit, obligatur. Differentiæ rationem eleganter tradit Conſtantinus Harme. lib. 4. titulo 8. his verbis: *ἐὰν ἐπαγγείλαιτο ἡ γυνὴ προῖκα διδόναι, μὴ εἴποι δὲ ποσότητα ἢ πρᾶγμα ῥητὸν, ἰαχηςος ἐςὶν, ἡ τῆ προικοὶ ἐπαγγελία, ὡς δυναμένη τῆ γυναικοὶ εὐτελεία τὸν τι παραχεῖν. πατὴρ δὲ ἐπαγγειλάμενος προῖκα ὑπὲρ τῆς ἰδίας θυγατρὸς, κἂν μὴ εἴπη ποσότητα ἐῤῥωται ἡ ἐπαγγελία. ὁ γὰρ πατὴρ οὕτω λέγων, οὐχ ὅσην λέγει δίδωσι προῖκα, ἀλλ' ὅσην εὐπορεῖ.* Et quod hæc ratio ſit vera, indicat Iuriſconſultus in l. cum poſt diuortiū. §. gener à ſocero, de iure, dotiū Gener, inquit, à ſocero dotem arbitratu ſoceri certo die dari, non demonſtrata re, vel quantitate ſtipulatus fuerat &c. De patre ibi dicitur, quod is dotem pro modo ſuarum facultatum, & dignitate mariti conſtituat. De muliere nuſquam id ſcriptum eſt.

Contra ſolutionem.

Obſtat ſolutioni l. 3. C. de dotis promiſsio: Vbi mulier dotem promiſit non addita quantitate, & Imperator reſcripſit, mulierem poſſe vtiliter conueniri, vt fidem datam expleat, & dotem præſtet. Ergo ſuperior ſolutio vera non videtur. R. In l. 3. mulier ita dotem promiſit; Dotem dabo quamcunque arbitrata fuero. Hæc dotis promiſsio valet: Licet enim quantitas non ſit expreſſa: tamen quantitas certa eſt. Et hæc verba quamcunque arbitrata fuero, pro boni viri arbitrio accipiuntur, quod ſequi certum eſt L. 11. de lega. 2. Rurſus objicitur contrà hanc ſolutionem. Lex vult. C. de contrahenda emptio. Venditor vendidit ibi fundum, quanti L. Titius arbitratus eſſet, Lucio Titio pretium non definiente, nulla eſt venditio, atque ita ibi hæc verba, quanti Titius arbitratus fuerit, non accipiuntur pro boni viri arbitrio. R. Interdum arbitrium ſtrictè accipitur; Interdum

latius pro boni viri arbitrio. Strictè accipitur in ſtipulationibus ſtrictis, & ideò ſi promittam tradi arbitrio L. Titij, Titio non arbitrante, non teneor, non facio moram, non committo in pœnam nec cogor alterius, quàm Titij arbitrio reſtituere l. ſi quis arbitratu 43. de verbo. obligatio: Latiùs pro boni viri arbitrio ſumitur in contractibus bonæ fidei. Hanc enim interpretationem bona fides efficit. l. ſi ſocietatem 1. l. ſocietatem l. in propoſita, pro ſocio. l. 7. de contrahend. empt. l. 23. de reg. Iuris. l. ſi in lege, locati. Et ideò, ſi eius qui electus eſt arbitrium prauum, & iniquum fuerit, corrigetur iudicio bonæ fidei. Iudice ipſo pro æquitate rei ſtatuente, quod videbitur, vel arbitrio alio ſumpto. Sed hoc ita procedit, niſi id ſpecialiter actum ſit, ne quid agatur, niſi is ipſe qui nominatus eſt, arbitratus fuerit. Sic accipienda l. ſi coita, pro ſocio. Ibi Celſus ait: Nam id ipſum actum eſt. Alioquin eodem authore boni viri arbitrium ſequendum eſt. l. ſi filio pater, de leg. 3. quæ illi coniungenda, tum quia ex eodem eſt libro, tùm quia in teſtamentis idem receptum eſt, hac in re, quod in iudicijs bonæ fidei. l. 1. de leg. 2. Addenda alia exceptio ex conſtitutione Iuſtiniani l. vlt. C. de contrah. emptione. Porrò quod diximus de ſtipulationibus vt in eis arbitrium non accipiatur, pro boni viri arbitrio, ita procedit, ſi extranei arbitrium eligatur, non ſi promiſſoris vel ſtipulatoris. l. 3. C. de dotis promiſſ. l. ſi libertus, de ope. libertorum. l. 17. ſtipulatio non valet, de verb. oblig. qua coniuncta cum l. 7. de contrah. empt. apparebit, nihil hæc ſola in ſpecie diſtare contractum bonæ fidei a contractu ſtricto, cum electum eſt arbitrium contrahentium. Vide Cuiacium in l. 43. de verbo. obligationibus.

ALIVD.

Rurſus opponitur lex, quæro, de iure dot. hoc modo. Dictum eſt mulierem non obligari ſi dotem incertam & indefinitam promiſerit. Obſtat d. l. quæro. In ea mulier dotem incertam promiſit, & cogitur dare dotem pro modo facultatum & dignitate ſua ac mariti. Quæro inquit Iuriſconſultus quantæ pecuniæ dotem promittenti adultæ mulieri curator conſenſum accommodare debeat. Reſpondit modus ex facultatibus & dignitate mulieris maritique ſtatuendus eſt. Igitur noſtra ſolutio eſt

vitio-

Digitized by Google

vitioſa. R. In l. quæro h. t. n nequaquam ponendum eſt, mulierem dotem indefinitè promiſiſſe. Id inquam nequaquam eſt ponendum. Nec hoc etiam ponit Iuriſconſultus Celſus eius legis author. Sed quærit Celſus ſi mulier adulta certæ pecuniæ dotem promittat, & conſenſum curatoris ſuper hoc requirat, quantæ pecuniæ conſenſu curator mulieris accommodare debeat. Ita eſt ſpecies in ea lege ponenda. Et reſponſum fuit Celſo, modum ex facultatibus & dignitate mulieris maritique ſtatuendum eſſe.

IX. Propoſitio.

Conſtitutioni dotis pacta quoque adijci ſolent, vt maritus ſoluto matrimonio dotem in eadem bonitate, in eodem genere & qualitate reſtituat, vel vt lucretur maritus dotem, & ſimilia.

X.

Quod ſi res æſtimatæ in dotem datæ fuerint, maritus rerum dotalium verus efficitur dominus, proindeq; periculum earundem rerum ad ipſum pertinet.

ARGVMENTVM. I.

Maritus condemnatur in id quod facere poteſt. *l. maritum, ſolut. matrimon. l. patronus. de re iudicat.* idque ſingulare eſt in marito cum ab alijs debitoribus ferè ſolidum exigatur in tantum vt ſi iudicato non ſatisfecerint, in carcerem conijciantur. *l. ſi victum, de re iudicat. l. 1. C. qui bon. ced. poſſunt.* Idq; priuilegium datum eſt marito propter reuerentiã maritalem *l. vnic. C. de rei vxor. action.* Nec verò maritus id amittit ſi conſtituerit ſe dotem quam debebat exſoluturũ. Nam ſi plus conſtituit ex dote quã facere poteſt, quia debitum conſtituit in ſolidum quidem tenetur, ſed mulieri in quantũ facere poteſt condemnatur *l quod ſi maritus, de conſt. pecun.* Quinimò ſi paciſcatur maritus ne in id quod facere poſsit condemnetur ſed in ſolidum, pactũ non ſeruabitur quia eſt contra receptam reuerentiam, quæ maritis eſt exhibenda *l. alia cauſa eſt, ſolut. matrim.* Videtur igitur dicendum maritum non teneri eiuſdem generis & qualitatis res reſtituere. R. Quod

Digitized by Google

dicimus maritum eiuſdem generis & qualitatis res reſtituere debere, id ita volumus accipi, ſi locuples ſit, & commodè eiuſdem generis & qualitatis res poſsit reſtituere.

ALIVD.

Aliud pro alio inuito creditori ſolui non poteſt. *l. 2. de rebus credit.* Igitur videtur dicendum quod maritus illas ipſas res quas accepit debeat reſtituere, non alias eiuſdem generis & qualitatis. Reſpon. Cum ex genere illarum rerum quæ numero, pondere & menſura conſtant tantumdem redditur, quantũ datum eſt, non tàm aliud quàm illud ipſum quod datum eſt, reddi videtur, propterea quod id quod redditur, in omnem partem tantumdem valet & tantumdem præſtat quantum id valet aut præſtat quod datum eſt. Secus eſt in alijs rebus quæ licet pari pondere aut menſura conſtant, non tamen æquiualent, & ideò tunc aliud pro alio rectè ſolui dicitur.

ALIVD.

Ad quem pertinet periculum, ad eumdem pertinere debet omne emolumentum, *l. ſecundum naturam, de R. I.* Sed emolumentum dotis æſtimatæ non pertinet ad maritum, *l. quoties hoc titulo noſtro. ibi lucrum quod euictionis nomine percepit non retinet maritus, ſed ſoluto matrimonio vxori cogitur reſtituere.* Ergo &c. Reſpon. Lucra alia ſunt, quæ ſine damno mulieris contingunt, vt alluuionis, partus & ſimilia, ea ad maritum pertinent. Alia ſunt quæ cum damno mulieris percipiuntur, *vt in d. l. quoties, dupla percipitur* cum damno mulieris, quæ duplum præſtat euictionis nomine quod promiſerat, & ea lucra ſoluto matrimonio ad mulierem reuertuntur.

Quid eſt periculum.

Periculum ſignificat fatale damnum quod imprudentibus accidit, *l. cum duobus. § damna, pro ſocio*, caſum improuiſum *l. à procuratore. C. mandati* fortuitos caſus quos nullum humanum conſilium prouidere poteſt *l. 2. §. ſi eo tempore, de adminiſtration. rer. &c.* quibus reſiſti non poteſt *l. in rebus, Commodat.* quibus infirmitas humana reſiſtere non poteſt *l. 1. §. is verò de O. & A.*

Et

Digitized by Google

Et qui dicit periculum, culpam leuiſsimam plerumque intelligit. Dico plerumque ob id quod traditur *l. 1. §. vltim. & l. 3. de pericul. & commod. rei vendit.* Et propter tutorem qui tenetur ob culpam leuiſsimam non tamen ad caſus fortuitos *l. ſi res pupillares, de adminiſtrat. tutor.* & propter eum qui ſe obtulit depoſito. *l. 1. §. ſæpè euenit, depoſ.* Et propter procuratorem, *l. à procuratore, C. mandat.* His caſibus & ſi qui ſunt ſimiles, exceptis leuiſsimam culpam vix eſt vt præſtet eo caſu aliquis, quo non etiam periculum ſubit.

XI. Propoſitio.

AEſtimatio enim venditio eſt: Et ideo ſi dolo æſtimatio facta ſit, corruit, quemadmodum & venditio & omnes alij bonæ fidei contractus.

ARGVMENTVM I.

Obſtat l. ſi dolo 5. C. de reſcindend. vendition. Ea lex dolo extortam venditionem reſcindi dicit. Igitur contractus dolo initus eſt validus. R. Venditio duo ſignificat, nudam & ſolam venditionem. Et venditionem quæ traditione ſumſit effectum, id eſt, venditionem & alienationem dominij. Venditio cui dolus cauſam dedit, ipſo iure nulla eſt, *l. 3. pro ſocio. l. in cauſa 2. §. 1. de minoribus l. & eleganter, de dolo.* Venditio & traditio quibus dolus cauſam dedit, eget reſciſsione. Nam reſcindi debet traditio quæ interceſsit, & reſtitui oportet omnia in integrum.

ALIVD.

Obſtat quod Cicero in 3. officior, ſcribit, nondum prolata actione de dolo maló non habuiſſe Cannium quid faceret, qui in hoc ipſo à Pythio circumſcriptus fuerat vt hortos emeret. Reſpon. Illi negocium omne, vt idem author indicat, in nominum obligationem deduxerunt quæ ſtricta eſt obligatio, & obligatio ſtricta ipſo iure nulla non eſt quod ei dolus cauſam dederit.

ALIVD.

Obſtat l. cum poſt diuortium. 5. cum res h. t. n. Ibi mulier res in dotem æſtimatas dedit. Et Iuriſconſultus ſcribit, venditionem

Digitized by Google

tionem non eſſe contractam, & addit nullam eſſe marito actionem ſi res euicta fuerit. Igitur malè nos dicimus, æſtimationem veram eſſe venditionem. R. Duplex eſt æſtimatio. Vera quæ eſt loco venditionis, & abuſiua, quæ fit ad id duntaxat vt ſciatur quantum ſoluto matrimonio reddi oportet ſi fortè res deteriores ſint factæ dolo vel culpa viri & de ea loquitur Iuriſconſultus in d. l. cum poſt diuortium. §. cum res h. t. n.

ALIVD.

Si æſtimatio eſt vera venditio, ſequetur mulierem, ſoluto matrimonio dotem repetere actione ex vendito. At mulier actionem ex vendito non habet, ſed actionem de dote. Igitur æſtimatio non eſt vera venditio. R. Idcircò mulier actionem ex vendito non habet ſoluto matrimonio, quod æſtimatione facta, maritus videtur mulieri ſtatim precium dediſſe, quod ipſa mulier marito rurſus in dotem dedit. Hîc enim fingimus breuem quandam manum. Duplex eſt manus in libris noſtris &c. *atq; ita Cynus Baldo referente, cenſuit rectiſſimè.*

Videndum hic erit quare bonæfidei contractus ita dicantur?

Omnes contractus & ſtricti iuris & bonæfidei bonam fidem requirunt. Sed in contractibus bonæfidei, maximè bona fides exigitur, *ita loquitur Imperator in l. ſi dolo. C. de reſcindend. vendit.* Vt, in vtriſq; contractibus exigitur vt debita ſine mora reddantur quæ pars eſt bonæ fidei. Symmachus in Epiſtol. bonæfidei debitor eſt qui moram non facit, in reddendo. Seneca in initio declamationum, memoriam ſuam bonæfidei vocat quod reddat depoſita ſine mora. Hoc autem vt debita ſine mora reddantur, in contractibus bonæfidei maximè exigitur, & ideò ex mora in bonæfidei contractibus vſuræ veniunt. In contractibus ſtrictis non veniunt ex mora. Magis culpatur mora in contractu bonæfidei quàm ſtricto. Sic bonæfidei eſt vt in contrahendo abſit mala fides. Hoc in contractibus bonæfidei maximè exigitur, & ideò malæfidei emptio non eſt emptio *l. 1. C. de reſcindend. vendition.* Malæfidei ſtipulatio eſt ſtipulatio, nec niſi exceptione excluditur *l. 36. de Verbor. obligation.* Bona igitur fides in omnibus contractibus exigitur, & contractus alij non dicuntur bonæfidei, quod illi tantum bonam fidem requirant, alij ſtricti iuris, quod in illis

Digitized by Google

illis bona fides neceſſaria non ſit. Omnes contractus bonam fidem requirunt, ſed alij magis, alij minus. Dicuntur bonæfidei iudicia aut contractus quod in formula à Prætore ſolebat addi ex fide bona *vt Cicero in 3. officior. docet.*

Quæri poteſt quæ ſit nominum obligatio? R. Duplex olim fuit ratio credendæ pecuniæ. Interdum pecunia mutua ſumebatur ex menſæ ſcriptura, & tunc nominibus obligatio contrahebatur. Dicebatur contrahi nominibus ab eo quod Calendarijs, id eſt, libris fœneratorum eorum quibus pecuniæ credebantur nomina perſcribebantur, quæ inde tituli dicebantur *authore Aſconio Pedia. in 3. Verrin.* Interdum pecunia mutua accipiebatur de domo *l. lecta, de reb. credit.* ſiue ex arca *l. quidam, de conſtitut. pecun.* & tunc obligatio contrahebatur, re tantum, vel verbis tantum ſubiecta ſtipulatione *vt in d. l. lecta.* Et quidem nominatim ſolebat cautionibus adjci, vtrum pecunia mutua ex menſa argentarij an de domo, ſiue ex arca ſumpta eſſet *vt conſtat ex d. l. lecta, de reb. cred. & d. l. quidam. Et teſtatur Donatus in Phormione actus 5 ſcena 5.* Hodiè inquit additur Chirographis domo ex arca ſua, vel ex menſæ ſcriptura. Significantur hi duo modi contrahendæ obligationis *in l. ſi plures. l. idem & l. ſi vnus, de pact.* dum argentarijs ſtipulatores vel promiſſores comparantur. Significantur etiã ſupra dicti duo modi *in l. 1. de annu. legat.* vbi ſtipulationibus nomina adiunguntur. Deniq; ſignificantur hi duo modi contrahendæ obligationis *l. ſi duo rei ſunt, de recept. In Pandectis noſtris in l. 1. de O. & A.* nominum non fit mentio, quod Triboniano eiuſque Collegis adſcribendum eſt, non ICtis.

XII. Propoſitio.

Rebus itaq; æſtimatis in dotem datis, & dominio earum in maritum translato, in arbitrio mariti eſt, vel ipſas res reſtituere, vel iuſtam earum æſtimationem.

XIII.

Quod ſi in æſtimatione vel precio mulier circumuenta fuerit, dotis iudicio, ſiue actione de dote, ei ſuccurritur.

ARGV-

Digitized by Google

ARGVMENTVM. I.

Dicitur in 13. propoſitione, dotis iudicio ſuccurri mulieri, quæ precio circumuenta eſt. Contra. Si æſtimatio eſt vera venditio, ſuccurritur mulieri non actione dotis, ſed actione ex vendito. Et actio ex vendito datur maiori, ſi dolo emptoris minori precio vendiderit. *l. ſi quis affirmauit, de dolo.* Minori datur etiam reſtitutio *l. 1. C. ſi aduerſus fiſcum.* R. Ita eſt, maiori datur actio ex vendito, ſi dolo emptoris minori precio vendiderit. *d. l. ſi quis affirmauit.* Aeſtimatio item vera eſt venditio. Cæterum mulier quæ in precio circumuenta eſt, aut æſtimationis modo dolum eſt paſſa, non habet actionem ex vendito, ſed actionem de dote: quia maritus æſtimatione facta, videtur ſtatim mulieri pretium exſoluiſſe, & mulier videtur precium illud rurſus marito in dotem dediſſe, atque ita eſt actio de dote, non actio ex vendito.

ALIVD.

Mulier quæ in æſtimationis modo circumuenta eſt, in integrum reſtituitur, *l. iure ſuccurſum eſt, h. t. n.* Igitur non datur ei actio de dote. R. Mulier quæ maior eſt & in precio circumuenta eſt in integrum non reſtituitur. Sed ſuccurritur ei dotis iudicio, idq; verba illa indicant quia bono & æquo non conuenit &c. Reſpiciunt enim ad actionem dotis quæ in bonum & æquum concipitur. *l. eas. de capit minut.* hoc modo. Quanto æquius melius.

ALIVD.

Obſtat l patri. §. prædium de minor. Ibi minor mutuam pecuniam accepit, & ex ea prædium comparauit pluris quàm prædium valebat. Venditor cogitur recepto prædio, pretium reſtituere. Igitur videtur dicendum quod maritus cogatur etiam præcisè rem reſtituere, nec in arbitrio eius eſſe, vtrum iuſtam æſtimationem an rem præſtet. R. Ideò in l. patri, venditor cogitur pretium reſtituere quod minor ab alio pecuniam acceperat, quæ creditori reddenda eſt. Hîc mulier rem ſuam æſtimatam in dotem dederat, non alienam.

Propo-

Digitized by Google

317

XIV. Propoſitio.

In dote autem inæſtimata, maritus & dolum & culpam præſtat, non tamen leuiſſimam.

ARGVMENTVM. I.

Vbi vtriuſque vtilitas vertitur, dolus & culpa præſtatur. Vbi accipientis tantum, præſtatur etiam diligentia, hoc eſt leuiſsima culpa *l. ſi vt certo, §. 1. Commodati.* Sed in dote vertitur vtilitas accipientis tantum, mariti ſcilicet, *l. in rebus dotalibus. h. t., Ibi dicitur quia ſua cauſa dotem accipit.* Igitur præſtabitur etiam diligentia, i d eſt, culpa leuiſsima. R. Nequaquam admittendum eſt dotem tantum virum accipere ſua cauſa. Accipit & ſua & mulieris cauſa dotem *vt dicitur clarè in d. l. ſi vt certo. §. 1 Commodat.* Quod ſi ſua cauſa dotem tantum acciperet, non præſtaret culpam leuem ſed etiam leuiſsimam. Sed culpam leuem tantum præſtat, id eſt, diligentiam quam in ſuis rebus exhibet. Sequitur igitur eum vtriuſque cauſa, & ſua & mulieris, dotem accipere. Et quod dicitur, quia ſua cauſa dotem accipit, tanquam nimis conciſe dictum, ex alijs locis eſt interpretandum, & ex ijs quæ ſequuntur in illa ipſa lege.

ALIVD.

Obſtat. l. ſi conſtante, ſolut. matrimon. quemadmodum dos petatur. Ibi dicitur quamuis eam diligentiam vxor ab eo exigat, quam in ſuis rebus præſtat, nec plus poteſt, tamen ſæuitia quæ in proprijs eſt culpanda, in alienis eſt coercenda. Igitur maritus non tantum dolum, & latam ac leuem culpam præſtat, ſed etiam leuiſsimam. R. Nos loquimur de culpa quæ eſt in omittendo. Ibi agitur de culpa quæ eſt in faciendo & delinquendo.

Quæritur ſi maritus fuerit diligentiſsimus in ſuis rebus, an in dotalibus ſummam diligentiam deberet præſtare? R. Debet, & ſi eam nôn præſtiterit, dicitur eſſe in dolo, non in leuiſſima culpa. Summam diligentiam non metimur ex perſona eius à quo præſtanda, ſed ex perſona & idæa diligentiſsimi patrisfamilias.

Digitized by Google

De dolo, lata, leui, & leuiſsima culpa.

Dolus eſt omnis calliditas, fallacia, machinatio, ad circumueniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita *l. 1. de dol.* Et præſtatur in omnibus contractibus. Nullum enim eſt negocium à quo malitia, fraudatio, mala fides, omnis mala ars abeſſe non debeat. Hinc traditum eſt nulla pactione effici poſſe, ne dolus præſtetur *l. ſi vnus. §. illud, de pactis*, quia hæc conuentio bonæfidei contraria. *l. contractus, de R. I.* Et vt eleganter Conſtantinus Harmenopulus inquit. Id fit *διά τὸ αἰσχρὸν τυγχάνειν, καὶ ἐναντίον τοῖς ἀγαθοῖς τρόποις, καὶ διεγεῖρον πρὸς ἀδικίαν τὸν συναλλάξαντα, καὶ τῶν νόμων καταφρόνησιν.* Culpa nihil aliud eſt quàm deſidia atque negligentia. Et diligentiæ opponitur. Itaque quot ſunt gradus diligentiæ, tot è contrario ſunt gradus negligentiæ, id eſt, culpæ. Eſt quædam diligentia vehementiſsima & exactiſsima, & quaſi diligentiæ redundantia quædam. Ex aduerſo eſt leuiſsima culpa. Eſt diligentia quædam media. Ex aduerſo eſt leuis culpa. Eſt diligentia quædam minima & penè nulla, ex aduerſo eſt lata culpa. Lata culpa quæ etiam latior dicitur, *l. quod Nerua, Depoſit.* in contractibus omnibus præſtatur ſicut dolus *d. l. quod Nerua.* Leuis culpa præſtatur item in omnibus contractibus præterquam in depoſito & in precario. Leuiſsima culpa præſtatur in commodato, mandato & tutela tantum. In reliquis contractibus, leuiſsima culpa non venit. Et hæc vt breuia ita abſoluta.

XV. Propoſitio.

Quod ſi ſine culpa mariti, vel poſt moram mulieris res perierint dotales, maritus de ijs reſtituendis non tenetur.

XVI.

Repetitur autem dos à marito, actione ex ſtipulatu, quæ tamen hoc caſu bonæfidei eſt.

Eaque

Digitized by Google

XVII.

Eaque datur tâm mulieri ipſi, quàm patri ipſius, & heredibus mulieris, aduerſus maritum eiuſúe heredes.

XVIII.

Et non ſolum res ipſæ dotales ſoluto matrimonio hac actione repetuntur, ſed etiam fructus, pro portione anni, quo diuortium factum eſt.

Adnotatio ad Theſ. 15.

Contentio fuit inter duos antiquos Iuris ciuilis Interpretes, Iohannem & Martinum de eo, an re debita poſt moram perempta, debitor liberetur. Iohannes dicebat, debitorem non liberari. Martinus putabat diſtinguendum, & videndum vtrum res eodem modo fuiſſet peritura apud creditorem etſi tradita fuiſſet, an non fuiſſet peritura, vt priori caſu debitor non teneatur, poſteriori verò teneatur. Et hæc Martini Gloſſatoris ſententia eſt veriſsima, ac à doctiſsimis quibuſcunque eſt recepta. *Probatur per l. ſi plures. §. vltim. depoſit.* Ibi res debita ex cauſa depoſiti ante rem iudicatam interijt poſt litis conteſtationem, atque adeò poſt moram. Ante rem iudicatam ponitur, quod poſt rem iudicatam, intra tempora iudicati ceſſet ius, interquieſcat mora, & eius temporis periculum ad debitorem non pertineat. Quæritur an depoſitarius liberetur? ICtus ſignificat ita diſtinguendum eſſe. Aut peritura erat res apud actorem, etſi confeſtim reſtituta eſſet, & tunc liberatur. Aut non erat peritura, vt quia actor eā diſtraxiſſet, & tunc non liberatur.

Eadem diſtinctio adhibetur in actione ex teſtamento *l. cum res. §. vltim. de legat. 1.*

Eadem diſtinctione vtimur in rei vendicatione, ſiue agatur cum bonæfidei poſſeſſore improbè litigante, ſiue cum malæfidei poſſeſſore *l. item ſi verberatum §. vltim. de rei vindicatione.*

Eadem diſtinctione vtimur non tantum cum de debitoris, ſed etiam cum de creditoris mora diſputatur *vt in l. ſi is qui Stichum. hoc titulo noſtro de iure dotium.* Obſtat l. ſi cum exceptione. §.

 qua-

quatenus, quod met. cauſa. Ibi re metu extorta & perempta poſt moram, indiſtinctè tenetur qui metum intulit, ſiue æquè fuerit res apud actorem peritura ſiue non. Sed id fit odio eius qui metum intulit, & in alijs moratoribus locum non habet. Eius odio & hoc eſt receptum vt non liberetur re perempta ante moram, id eſt, intra tempora iudicati, ſi peritura non fuiſſet metu non illato quod & ad eum qui vim fecit, porrigitur in interdicto vnde vi, vel quod vi aut clam. Item ad furem in condictione furtiua non in rei vindicatione *l. 12. C. de furtis.*

Propoſitio XIX. & vltima.

Coronidis loco hic notandum eſt, quod mulier præter dotem, etiam alia bona, quæ ipſius propria ſunt, habet, quæ Græcis παραφέρνα dicuntur, latinum tamen nomen à Iuriſconſultis Romanis non acceperunt.

ADNOTATIO.

Quæritur cur bona illa quæ præter dotem in domum mariti inferuntur, careant propria appellatione latina? R. Ratio hæc eſſe videtur. Olim triplex erat Romæ matrimonij genus. Quoddam farre conſecrabatur, quoddam vſu fiebat, quoddam contrahebatur per coëmptionem & omnium ferè frequentiſſima erant matrimonia per coëmptionem. Ijs autem contractis, filia quæ in patris poteſtate erat, exibat patria poteſtate, & tranſibat in poteſtatem viri, eratque viro loco filiæ, atq; ita conſequenter omnia bona mulieris fiebant viri dotis nomine. Itaque nulla erant Paropherna illo tempore, nec illis nomen eſt impoſitum. Apud Græcos lege fuit cautum vt ſi mulier viro in manum conueniret omnia quæ mulieris eſſent viro accederent dotis nomine *Alexand. lib. 4. c. 8.* Frequentabatur illud matrimonium quod dicebatur vſu fieri, id eſt, apud Græcos mulier non conueniebat in manum mariti & ideo præter dotem, bona quæ habebat, & ad virum deferebat, ſibi retinebat. Eaq; Græci παράφερνα vocabant. Galli vocant peculium, inquit Iuriſconſultus, non quod peculium ſit gallica vox aut dictio. Nomen

men eſt Romanum & à pecude nomen habet ſicut pecunia. Ratio quare Galli peculium vocent hæc eſt, Apud Gallos ferè etiam hodiè non ſolum antiquitus, fœminæ in poteſtate viri ſunt, non patris. *Tiraquellus in 1. lege connubiali ſtatim in princip.* Ergo nihil ſuum habere poterant quod intelligeretur eſſe præter dotem, niſi peculij nomine id contineretur exemplo filiorum & ſeruorum qui quamuis nihil ſuum habent, peculium tamen habent conniuentibus patrum vel dominorum oculis. Ergò mulieres ea bona quæ præter dotem habebant, peculij titulo poſſidebant. Hinc bona illa peculium à Gallis dicuntur. Hypoboli & Theoretri mentionem facit *Conſtantinus Harmenopulus lib. 4. Epit. iuris.* Eſt autem Hypobolum incrementum dotis, vel quod mortuo marito, vxori ſuperſtiti redditur ſupra dotem, ἀπὸ τȣ ὑποϐάλλειν quod eſt maiori rei vel ſummæ minorem adijcere. Et fuit tertia pars dotis, Romanorum moribus, *vt Harmenopulus refert, & conſtat ex tit. 9. de iure quod in fundo vaſallus habet lib. 2. in vſibus feudor.* retineturque ex bonis mariti proprijs tantum, non etiam ex feudo quod maritus habuit *d. tit. 9. lib. 2. In c. plerumque, de donation. inter vir. & vxor. & c. ſi autem 36. quæſtion. 2.* dicitur dotalitium. Theoretrum eſt quiddam ſimile hypobolo, ac erat 12. pars dotis, idque virgo propter honorem virginitatis tantum habebat, quæ vidua nupſerat, non habebat. Aliàs dicitur ἀνακαλυπτήριον. Inde ille Antipatri iocus, qui cum deformem duxiſſet vxorem, rogareturque quando daturus eſſet ἀνακαλυπτήρια. Quia potius inquit quæritis quando ἐγκαλυπτήρια.

LECTORI. S. D. STATIVS BORCHOLTEN. D.

Habes ſuperius, ſtudioſe lector, fragmenta duarum diſputationum, alterius, de Compenſationibus, alterius de vſuris: Quæ cum integræ ad manus meas peruenerint, licet poſt abſolutum & in ordinem redactum hoc opus, è re tua eſſe exiſtimaui, integras eas tibi communicare, quod multa in his ſingularia inuenias, tùm ſi quid præcedentibus ſimile, id repetitum quoque non nocebit. Tu vale, & his parentis laboribus vtiliter fruere.

PROPOSITIONES DE COMPENSATIONIBVS.

Quas publicè defendit

M. IOHANNES HARTMAN Argentoratenſis.

Habita eſt hæc diſputatio Helmſtadij XIV. Martij Anno cIↄ. Iↄ. XXCVII.

I. Theſis.

Compenſatio eſt debiti & crediti inter ſe contributio.

II.

Per debitum etiam naturale debitum intelligimus. Nam etiam quod naturâ debetur, venit in compenſationem.

ARGVMENTVM. I.

Quæcunque per exceptionem perimi poſſunt, in compenſationem non veniunt *l. quæcunque, hoc titulo.* Sed naturalia debita perimuntur per exceptionem. Ergo in compenſationem non veniunt. R. Exceptionum duo genera ſunt. Aliæ ſunt exceptiones, quæ naturaliter obligationem prorſus tollunt, & extinguunt, & de his loquitur d l.quæcunq;. Vt exceptio Senatuſconſulti Valeriani prorſus tollit & extinguit Ciuilem & naturalem obligationem, qua mulier, quæ interceſsit, obligabatur. Et ideo mulier, quæ per errorem ſoluit, id, pro quo ſe obligauerat, poteſt ſolutum repetere *l. qui exceptionem, de condictione indebiti,* quod facere non poſſet, ſi naturalis obligatio cum ciuili non extingueretur, per exceptionem SCti Velleiani. Huius generis eſt exceptio pacti conuenti, quæ naturalem obligationem & ciuilem extinguit. Et ideò qui exceptionem pacti conuenti habet, ſolutum per errorem repetit, *d. l. qui exceptionem. §. fin. de condict. indeb.* Huius generis eſt exceptio Iuriſiurandi *l. fin. de iureiur.* & propterea qui iurauit volente Creditore, & poſteà ſoluit, ſolutum poteſt repetere. *l. ſi quis cum debitore ſuo, de iureiurando. ſic exceptio doli l. 3. de except. §. appellantur autem. Inſtit. de except.* Itemq; exceptio non numeratæ pecuniæ perimunt obligationẽ & qui eas exceptiones habet & ſoluit per errorem ſolutum poteſt condicere. Aliæ ſunt exceptiones, quæ naturalem obligationem non extinguunt, & huiuſmodi naturalia debita compenſantur non obſtante exceptione, & de his loquitur. *l. nam & quod natura l. de compenſationibus.* Huius generis eſt exceptio Macedoniana. Illa non extinguit naturalem obligationem. *l. quia naturalis, ad Macedo.* & ob id ſi filiusfamiliàs, paterfamiliàs factus ſoluit, non repetit, *d. l. qui exceptionem, de condictione indeb. l. item ſi filius. §. finali ad Macedo.* Huius generis eſt exceptio rei iudicatæ. Illa quoque non extinguit naturalem obligationem, & ideo ſi verus debitor abſolutus ſoluit, non habet indebiti condictionem *l. Iudex l. Iulianus, de condictione indebiti.* Huius generis eſt exceptio inopiæ quam maritus habet *l. maritum, ſolut. matrim. l. Patronus de re iud.*

ALI-

Digitized by Google

ALIVD.

Solutum ex cauſa malè iudicati repeti non poteſt, nec etiam poteſt compenſari *l. 2. C. de compenſat.* At ſolutum ex cauſa male iudicati natura debetur. Igitur naturalia debita non compenſantur. Minor probatur hoc modo. Indebita ſoluta ex parte accipientis fiunt natura debita *l. promul. C. de condict. indeb.* Sed quod ex cauſa malè iudicati ſoluitur indebitum eſt, ſaltem natura: Ergo ex parte accipientis fit natura debitum. R. Maior loquitur de eo, quod prorſus indebitum eſt, ſolutio prorſus indebiti, ex parte accipientis naturalem obligationẽ parit. Quod autem ſoluitur ex cauſa malè iudicati, natura quidem indebitum eſt, ſed iure ciuili, & ex cauſa iudicati debitum. Et ſolutio debiti, vel ciuiliter tantum, vel naturaliter tantum, obligationem naturalem non parit ex parte accipientis. Cum non debeatur natura non compenſatur quoque.

ALIVD.

Quæ peti non poſſunt, non compenſantur. *l. 2. C. de Compenſat.* Sed naturalia debita non petuntur. Ergo nec compenſantur. R. In d. l. 2. Imperator non loquitur de petitione, ſed de repetitione eius quod ſolutum eſt. Et quod ſolutum non repetitur, non compenſatur. Id autem quod propter defectum actionis ciuilis peti non poteſt, quale eſt naturale debitum, rectè compenſatur.

ALIVD.

Pupillus ſine tutoris authoritate naturaliter obligatur *l. 1. de nouatio. l. ſi eius pupilli, ad Trebellia. l. ſi pupillus, ad l. Falcid.* Sed quod pupillus debet, id ei compenſari non poteſt. Igitur naturalia debita non compenſantur. Minor probatur. Compenſatio pro ſolutione. Sed pupillus non poteſt ſoluere ſine tutore. *§. nunc admonendi, Inſtitutio. quibus alienare licet vel non.* Igitur quod pupillus debet, compenſari non poteſt, quia aliàs pupillus ſolueret. R. Aut pupillus locupletior factus eſt, & naturaliter obligatur: aut non eſt locupletior factus, & non obligatur naturaliter. *l. naturaliter. §. final. cum l. ſequenti. de condictione indeb. l. pupillus de author. tutor.* Si locupletior eſt factus, tunc rectè

ſoluit,

ſoluit, rectè etiam pupillo compenſatio obijcitur, aliàs ſecus eſt. Ita textus eſt ad librum *in l. 3 §. pupillus, de negotijs geſtis.*

ALIVD.

Non ſunt creditores, quibus natura debetur. *l. creditores, de verbo. ſignific.* Igitur debitum & creditum, naturale debitum & creditum non intelligimus. R. Maior vera eſt, quoad facultatem & poteſtatem exigendi ſiue petendi. Naturalia enim debita propter defectum actionis Ciuilis peti non poſſunt.

ALIVD.

In d. l. §. de autoritate tutor. eſt dicta lex, pupillus, naturalia debita petuntur. Ergo falſum eſt, quod modò diximus. R. Ibi tantum agitur de naturali debito pupilli, hoc peti poteſt ex reſcripto D. Pij, *vt dicitur in d. l. pupillus,* alias ſecus eſt, ſi ſcilicet pupillus ſit locupletior factus.

ALIVD.

Compenſatio & ſolutio comparantur, quia compenſatio eſt ſolutio. Sed naturalia debita non rectè ſoluuntur. Igitur nec compenſatio rectè. Minor probatur per l. qui exceptionem de condict. indeb. Ibi mulier quæ interceſsit & ſoluit, ſolutum poteſt repetere. At mulier naturaliter obligatur, imò etiam ciuiliter. Probatur quoque minor per l. interdum, eodem. Vbi pupillus qui naturaliter obligatur, ſoluit, & repetit ſolutum. Reſpon. Debita naturalia alia perimuntur oppoſita exceptione, & illa non compenſantur, nec ſoluuntur rectè, ſed ſoluta dicuntur. Alia debita non perimuntur oppoſita exceptione. Et de ijs nos hic loquimur. Et quod ad pupillum attinet, is non rectè in l. interdum ſoluit, quia natura non fuit obligatus, cùm non eſſet locupletior factus.

ALIVD.

Quæ peti poſſunt, compenſantur, vt 3. propoſitio habet. Sed naturalia debita non petuntur. Ergo nec compenſantur. Reſpon. Non tantum illa quæ peti poſſunt, compenſantur, ſed etiam illa, quæ peti non poſſunt, vt ſunt naturalia debita.

ALIVD.

Compenſatio fit, etſi non ſit hinc inde debitum & creditum.

l. qui non militabat, de heredib. instituendis. l. vnum ex familia, § sed si vno ex familia, de legat. 2. Igitur definitio noſtra eſt vitioſa. Reſpon. In legibus in contrarium adductis compenſatio ſumitur impropriè pro computatione, quod etiam ab Accurſio in d. l. vnum ex familia, traditum eſt, id quod facti ſpecies plenius oſtendit.

A L I V D.

Quod ſolutum repeti non poteſt, non compenſatur. *l. 2. C. de compenſatio.* Sed naturalia debita ſoluta, non repetuntur. Ergo naturalia debita non compenſantur. R. Hic plus eſt in concluſione, quàm ſi erat in præmiſsis. Præmiſſæ enim loquuntur, de eo quod ſolutum eſt, & de naturali debito ſoluto. Concluſio in genere de naturalibus debitis. Et ita concluſio debebat formari. Ergo naturalia debita ſoluta non compenſantur; quòd eſt veriſsimum, maximum de naturalibus debitis, quæ non perimuntur & extinguuntur oppoſitâ exceptione.

A L I V D.

Quod per reſtitutionem in integrum alicui debetur, non compenſatur. *Baldus in l. fin. num. 13. C. de compenſat.* Sed hoc natura debetur. Ergo naturalia debita non compenſantur. Reſpon. Naturalia debita compenſantur, modo etiam ſint liquida. Sed quod per reſtitutionem in integrum debetur liquidum non eſt. Ergo &c. Ita Baldus ipſe reſpondet. Ego dicerem, ſi conſtaret verè aliquem debitorem eſſe, compenſationi locum eſſe, etiamſi alioquin creditor in integrum eſſet reſtitutus. Quia licet verus debitor per ſententiam abſolutus ciuiliter non debeat, tamen naturaliter debet.

A L I V D.

Naturalia debita compenſantur contrà agentem, non contrà repetentem. *Bartolus in l. 1. num. 18. de condict. indeb.* Ex eo ſic argumentor. Ego tibi indebitè ſolui centum. Debeo quoque tibi centum ex pacto nudo. Repeto à te centum quæ indebitè ſolui. Hoc caſu centum quæ ex pacto, naturaliter tibi debeo, non compenſantur cum centum, quæ à te repeto: quia naturalia debita compenſantur contra petentem non contra repetentem. Ergo verum non eſt, quod dicimus, naturalia debita

com-

compenſari. Reſpon. Bartoli hoc eſt; naturalia debita compenſantur contra petentem, non contra repetentem. Sed Bartoli illud dictum verum non videtur.

A L I V D.

Debitor qui liberatus eſt propter pœnam creditoris, naturaliter obligatus manet. *l. ſi pœna cauſa, de condict. indeb.* At quod hic debitor, naturaliter debet, compenſari non poteſt. *Bartol. in d. l. ſi pœna cauſa, de condict. indeb.* Igitur naturalia debita non compenſantur. Reſpon. Interpretes ita reſpondent; Ab eo, quod dicitur, naturalia debita compenſari, excipiendum eſſe, naturale debitum, quod debitor debet, qui pœnæ cauſa creditoris liberatus eſt. At ego ſentio, ita potius diſtinguendum eſſe. Aut creditor &c.

ALIVD CONTRA PRIMAM propoſitionem.

Definitio non debet eſſe anguſtior ſuo definito, aliàs bona non eſt. Sed hæc noſtra definitio eſt anguſtior ſuo definito. Igitur non eſt bona. Minor probatur. Nam definitio conuenit tantum ijs, quæ actione perſonali petimus, non etiam ijs, quæ perſequimur actione reali. Etenim debitores ſunt, qui debent ex contractu vel quaſi, vel etiam ex maleficio, vel quaſi. Et creditores, quibus debetur ex contractu, vel quaſi, vel ex maleficio, vel quaſi. Compenſatio autem non ſolùm in actionibus perſonalibus locum habet, ſed etiam in actionibus realibus, *l. finali. C. h. t. noſtro.* Reſpon. Hæc definitio proprie loquendo conuenit ijs, quæ petimus actione perſonali, non reali, & compenſatio temporibus illorum in ſolis perſonalibus actionibus locum habuit, non etiam in realibus. *Probatur per l. Stichum aut Pamphilum § ſi creditor, de ſolution.* Ibi Iureconſultus docet, quod in petitionē hereditatis venit, quod poſſeſſor ex hereditate percipit, & ſi tantū percepit, quantū defunctus debuit, id ſibi ſoluiſſe non videtur. Non videtur ſibi ſoluiſſe nec id ſolū compenſaſſe videtur. Poſteà verò Iuſtinianus conſtituit, vt compenſatio etiam in rea-

 libus

libus actionibus admitteretur. Et hoc nouiter Iuſtinianus conſtituit, in d.l.fin. In ea l. dicitur compenſationem fieri debiti certi & liquidi. Hoc etiã antè Iuſtinianum obtinuit, vt conſtat ex lege ſi debeat h. t. Dicitur deinde compenſationem non fieri in depoſito, & hoc etiam Iuſtiniano placuit, *vt ex Paulo in libris receptarum ſententiarum conſtat.* Tertiò dicitur malæfidei poſſeſſori non dari compenſationem, & hoc antè Iuſtinianum fuit receptum, *l. ſi quid poſſeſſor. §. ſed ſi ipſi, de petit. hered.* Quartò dicitur compenſationem fieri ipſo iure, & hoc ante Iuſtinianum obtinuit inter omnes. *l. poſteaquam placuit h. t. noſtro.* Quale dicitur in actionibus realibus ipſo iure fieri compenſationes. Et in hoc poſtremo articulo ius nouum Iuſtinianus introduxit. Olim igitur in perſonalibus compenſatio locum habebat, hodiè etiam in realibus actionibus ex Iuſtiniani conſtitutione. Quamuis autem hodiè, quæ actione reali perſequimur, etiam compenſentur: tamen definitio propoſitionis ſic poſita, vitioſa non eſt, ſed debiti verbum & crediti etiam ad illa pertinet, quæ actione reali perſequimur. Nec hoc quod dico debiti & crediti verbum pertinere ad illa, quæ actione reali perſequimur, mirum videri debet. Nam ſic debiti verbum accipitur in definitione actionis. Actio eſt ius &c. perſequendi, quod ſibi debetur. Hîc ſi dicam, debiti verbo tantum comprehendi, quæ actione perſonali petuntur, non quæ perſequimur actione reali, ſequitur definitionem actionis ſolis actionibus perſonalibus conuenire, non realibus, quod eſſet abſurdum. Deinde quod deberi etiam dicantur, quæ actionibus realib. perſequimur, *Iuriſconſultus clarè oſtendit in l pecuniæ verbum. §. finali de verb ſignificat.* Sed ei quod diximus, Iuſtinianum hoc conſtituiſſe, vt compenſatio etiam in realibus actionibus locum habeat, obijcitur. l. 21. eum qui. §. vltim de inofficio. teſtam. vbi dicitur, compenſationem debiti habere eum, à quo hereditas euincitur. Ergo etiam ante Iuſtinianum compenſatio in petitione hereditatis, quæ actio eſt realis, locum habuit. R. Quod dicitur compenſationem debiti habere eum à quo hereditas euincitur, hoc non ſic accipiendum, quaſi poſſeſſor hereditatis, id quod ex hereditate percepit, compenſare poſſit cum eo, quod defunctus debuit. Hæc non eſt ſententia eius loci,

ſed

ſed vera ſententia hæc eſt, ſi poſſeſſor hereditatis debuit aliquid defuncto, id poteſt compenſare cum eo, quod defunctus ſibi debuit.

Sed rurſus obijcitur l. Titia 48. de ſolutio. Ibi mulier, bona mariti pro herede poſſedit, & conueniri potuit petitione hereditatis. Et dicitur, mulieri, ea quæ ex mariti re percepit, in dotem reputari poſſe. Igitur compenſatio in petitione hereditatis etiam ante Iuſtinianum locum habuit. R. Lex non loquitur de muliere, quæ mariti bona pro herede poſſedit, & conueniri potuit petitione hereditatis. Sed loquitur de muliere, quæ ex edicto bona mariti poſſedit dotis ſeruandæ cauſa. Hæc mulier comparatur geſtori bonorum. *l. creditore 14. §. vltim. de rebus autorit. Iudicis poßid.* Et ſicut geſta, domino agenti negotiorum geſtorum, poteſt reputare, id quod ſibi Dominus debuit. Ita mulier debitori agenti de eo, quod ex bonis ſuis ad ſe ſcilicet peruenit, poteſt reputare, id quod debitor ipſi debuit: Atque ita obijcitur his caſibus compenſatio actionibus in perſonam, non actionibus in rem.

Sed rurſus obijcitur. l. ſi quid poſſeſſor. §. ſed ſi ipſi, de petit. hered. Ibi dicitur prædonem qui mala fide poſsidebat hereditatem, deducere poſſe ex hereditate, quod ipſi debebatur, ſi expediebat petitori id debitum eſſe ſolutum. Ergo in petitione hereditatis atque ita in actione reali etiam antè Iuſtinianum compenſatio locum habuit. R. Iureconſultus ibi non loquitur de compenſatione, ſed de deductione. Et aliud fuit olim compenſatio, Longè aliud deductio. Compenſatio, vt tandem placuit omnibus, ipſo iure fiebat. *l. poſteaquam, h. t. noſtro.* Deductio fiebat per exceptionem. *Et ſic compenſatio à deductione diſtinguitur in l. amplius 15. rem ratam haberi, & in l. filium. C. familiæ. herciſ.* Compenſatio omnis eſt iuris, deductio plerumque facti, quia fit per exceptionem. Plerumque dico, quia deductio interdum etiam eſt iuris. Vt cum dicitur retentionem dotis fieri ipſo iure ob impenſas neceſſarias. *l. ſeruum quem 30. de actio. empt. l. quod dicitur, de impenſis in rebus dota. factis. l. dote prælegata, de dote præleg.* Deductio igitur ſiue retentio, aliàs iuris eſt, aliàs facti, ſed plerumque facti. Compenſatio ſemper eſt iuris.

 Pro-

III. Propoſitio.

Compenſatio autem originem ſuam trahit ex æquitate,& ideò neceſſaria eſt,quia noſtra intereſt potius non ſoluere, quàm ſolutum repetere.

IV.

Vnuſquiſq; ergo creditorem ſuum, eundemq; debitorem petentem ſubmouet, ſi paratus eſt compenſare.

V.

Et cum alter alteri pecuniam ſine vſuris, alter vſurariam debet, conſtitutum eſt à D. Seuero concurrentis apud vtrumque, quantitatis vſuras non eſſe præſtandas.

VI.

Sed etſi inuicem ſit vſuraria pecunia, diuerſæ tamen vſuræ, compenſatio nihilominus locum habet eius, quod inuicem debetur.

ARGVMENTVM. I.

Dicimus in hac propoſitione, quod per compenſationem impediatur ſolutio. In vltima verò propoſitione aſſerimus, quod compenſatio eſt ſolutio. Igitur pugnantia ponimus. R. Cum dicimus compenſationem eſſe ſolutionem, hoc de vi & virtute compenſationis intelligimus. At compenſatio non eſt ſolutio, hoc eſt, non eſt naturalis ſiue actualis pecuniæ numeratio. Ita hæc accipienda ſunt, & ita accepta inter ſe non pugnant.

ALIVD.

Compenſatio fit ipſo iure, vt 8 noſtra propoſitio habet. Quod autẽ iure fit, miniſterium hominis non deſiderat. Ideo enim ipſo iure dicitur fieri. Malè igitur nos dicimus in 4 propoſit. compenſationem fieri, ſi quis debitorem petentem ſit paratus ſubmouere exceptionem compenſationis. R. Compenſatio ipſo iure fit. At in voluntate debitoris poſitum eſt vtrum compenſatione, quæ ipſo iure iam facta eſt, vti velit, an non. Et eò pertinet quod dicimus in 4 propoſit. Debitorem, creditorem ſuum eundemque debitorem petentem ſubmouere, ſi paratus eſt compenſare.

ALI-

ALIVD.

Alteri per alterum iniqua conditio inferri non debet. Sed cum ego debeo tibi centũ ſub vſuris tu 50. ſine vſuris & hæ quantitates inter ſe cõpenſantur, nulla habita vſurarũ ratione, tunc tibi per me iniqua conditio infertur. Igitur hoc admittendũ nõ eſt R. Nego minorẽ. Nec enim iniqua conditio tibi infertur, cũ quantitates inter ſe compenſantur, licet vſurarũ nulla ratio habeatur. Verbi gratia: Debeo tibi 100 ſub vſuris ſemiſsibus. Tu niſi incipis debere 50 ſine vſuris. Hic ex 100 quæ tibi debeo, 50 cõpenſantur, cum iis 50. quæ tu mihi debes, nec vlla vſurarum ratio habetur ex eo tẽpore, quo tu mihi viciſsim 50 cœpiſti debere, idq; iniquũ non eſt. Nã ex eo tempore, quo tu mihi viciſsim cœpiſti debere 50. ego non debui tibi niſi 50. Alia 50. non debui, quia ipſo iure, mea 50 cũ tuis 50 fuerunt cõpenſata. Inde ſequitur vſuras quoq; tibi deberi non poſſe, ex eo tempore quo cõpenſatio facta eſt. Nã vſuræ ſunt acceſsio quædã ad ſortem. Sorte igitur non exiſtente meritò vſuræ nõ debẽtur. *l. eos, ibi principali actione nõ ſubſiſtẽte, C. de vſuris.*

ALIVD.

Particulatim inuito creditori, ſoluere nõ licet. *l. 3. fam. hercisc.* At ſi cùm ego tibi debeo centum, & tu mihi incipis debere quinquaginta cõpenſantur, tunc inuito creditori pars ſoluitur. Ergò hoc admitti nõ debet. R. Particularis ſolutio nõ poteſt fieri ab homine ſcilicet, At à lege poteſt. *Sebaſt. Medices in tract. de cõpenſat. quæſt. 41. inquit, Solutio fieri non poteſt pro parte, compenſatio poteſt.* Differentiæ ratio eſt quia cõpenſatio fit per viam retentionis, ſolutio per viã dationis, & multa valent ad retinendum, quæ non valent ad agendum *l. ſi in area, de condict. & demonſtrat. l. 3. C. de vſuris.* Alia & melior ratio eſt quia noſtra intereſt potius non ſoluere quã ſolutũ repetere, quæ ratio ceſſat in ſimplici ſolutione *l. fin. C. de cõpenſ.*

VII. Propoſitio.

Compenſantur autem ſolæ quantitates, h. e. res pondere, numero & menſura conſtantes, quales ſunt vinum, oleum, frumentum, hordeum, triticum, auena, pecunia numerata, aurum, argentum. Hæ enim ſolæ mutuam functionem recipiũt. Et hoc eſt, quod veteres dixerunt,

com-

compenſationem ex pari ſpecie, ex cauſa pari vel diſpari admitti.

ARGVMENTVM I.

Dicimus compenſari quæ mutuam functionem inter ſe recipiunt. Contra. Quæ pondere conſtant, non recipiunt mutuam functionem cum ijs quæ conſtant numero, & ideò hæc tanquam diuerſa inter ſe opponuntur. Sed quæ pondere conſtant compenſantur cum ijs quæ conſtant numero *l. 1. §. final. & l. Titia amica mea, in princ. de auro & argent. legat.* Ergò compenſantur quæ mutuam functionem inter ſe non recipiunt. R. Minor propoſitio non loquitur de compenſatione, ſed de ſolutione, vt ipſa verba textus oſtendunt.

ALIVD.

At inſtatur hoc modo. Compenſatio, pro ſolutione eſt, vt in poſtrema propoſitione dicimus. At pro ijs quæ pondere conſtant, ſolui poteſt pecunia numerata, quæ numero conſtat *d. l. 1. §. final. d. l. Titia amica mea, de auro & argent. legat.* Ergo quæ numero conſtant rectè compenſantur cum ijs quæ conſtant pondere. R. ad maiorem. Compenſatio pro ſolutione quidem eſt, ſed tamen non idcirco compenſatio & ſolutio ſunt idem. Solutio eſt modus naturalis tollendæ obligationis. Compenſatio modus ciuilis. Et cum certum pondus auri vel argenti eſt legatum, heres pecuniam numeratam ſoluere poteſt, & ſoluendo liberatur, quia cum legatur certum pondus auri vel argenti, quantitas legati videtur, ſi in ea pecunia, eadem fuerit æſtimatio. Sed cum certum pondus auri vel argenti legatum eſt, heres, cum auro & argento legato, non poteſt compenſare quod ſibi à legatario viciſsim debetur, quia compenſatio fit tantum ex ſpecie pari, vt ſuprà expoſitum eſt, hoc eſt, res conſtans pondere, compenſatur cum rebus pondere conſtantibus. Et res conſtans numero compenſatur cum rebus numero conſtantibus, res conſtans menſura, compenſatur cum rebus menſura conſtantibus. Sic in eo differunt compenſatio & ſolutio, quod ſoluere tibi poſſum quod alius debet etiam ignorante & inuito illo qui debet.

l. ſol-

Digitized by Google

l. ſoluere l. ſi pro me quis, de ſolution. l. ſoluendo, de negot. geſt. At quod tibi alius debet, hoc compenſare non poſſum cum eo quod mihi debes, *l. in rem ſuam. §. final. de compenſation.*

At rurſus obijcitur hoc modo. Si dedi tibi mutuo 5. pondo auri, tu mihi pecuniam potes ſoluere, quamuis aurum pondere conſtet, pecunia numero, atque ita communiter. Dd. noſtri ſentiunt, *vt à Zaſio traditum eſt in l. 2. de rebus credit. ſi cert. pet. &c.* Si ergò in mutuo, pro re pondere conſtante, ſolui poteſt res conſtans numero, ſicque res, pondere conſtans, mutuam functionem recipit cum re conſtante numero. Ergo idem videtur dicendum in compenſatione, conſtantia pondere, compenſari poſſe cum ijs quæ conſtant numero. R. Quod Dd. noſtri communiter tradunt, ſi quinque pondo auri debeantur, ſolui poſſe pecuniam, hoc ita Dd. tradunt intelligendum eſſe, ſi pecunia ponderetur. Aurum in pondere fuit datum, pecunia in pondere reſtituitur, Hic mutuum conſiſtit, aliàs non item. Inde ſequitur quantitatem pondere conſtantem non poſſe compenſari cum quantitate conſtante numero.

ALIVD.

Sola corpora deponuntur *l. Lucius Titius, Depoſit. Ibi Iuriſconſultus inquit, nummis datis depoſitum contrahi, ſi id actum fuerit, vt corpora nummorum eadem redderentur. Nam ſi vt tantundem ſolueretur conuenit, egreditur ea res notiſſimos depoſiti terminos.* At corporibus depoſitis non obijcitur compenſatio *l. final. C. de compenſation.* Ergo corpora ex alia cauſa, quàm cauſa depoſiti debita, compenſari poſſunt, ſicque non ſolum ea quæ conſtant pondere, numero & menſura compenſantur. R. Quod dicimus corporibus depoſitis non obijci compenſationem, hoc ita intelligimus, vt compenſatio non procedat etiamſi quis petierit corpora depoſita æſtimari. At ſi corpora ex alia cauſa debeantur, æſtimari poſſunt, & æſtimatione facta fit compenſatio. Sed quæ eſt ratio quod actioni depoſiti, non obijcitur compenſatio? R. Quia depoſitum eſt optimæ fidei. Omnes contractus bonam requirunt fidem, ſed maximè ij qui à bona fide denominantur *vt dicitur in l. 5. C. de reſcindend. vendit.* Et rurſus inter contractus bonæfidei, alij alijs maiorem & ampliorem bonam fidem deſiderant. Opti-

Digitized by Google

mæ fidei eſt depoſitum, & idcircò actio depoſiti eſt famoſa *tot. tit. de his qui not. infam.* Reliquæ non ſunt. Actioni item depoſiti ob illam ipſam cauſam non poteſt obijci compenſatio, reliquis contractibus bonæfidei, poteſt.

ALIVD.

Si ſolæ res conſtantes pondere, numero & menſura compenſantur, tunc compenſatio in ſolo mutuo locum habet. Ratio eſt quia mutuum conſiſtit in his rebus *l. 2. de reb. cred.* Sed hoc falſum. Ergò & illud. R. mutuum conſiſtit quidem in ſolis rebus, conſtantibus pondere, numero & menſura. Non tamen idcircò res quæ conſtant pondere numero & menſura in ſolum mutuum veniunt, ſed etiam in reliquos contractus.

ALIVD.

Sola pecunia compenſatur. Igitur propoſitio noſtra eſt falſa. Antecedens probatur, quia ſub toto hoc titulò noſtro, pecuniæ tantum fit mentio. R. Pecuniæ verbum non vno modo accipitur. Videantur quæ alibi dixi.

ALIVD.

Compenſatio eſt debiti & crediti inter ſe contributio. At debitum & creditum de pecunia mutua dicuntur, & creditores ſunt quibus pecunia mutua debetur, debitores qui pecuniam mutuam debent. *l. creditores & l. creditorum, de V. S. l. omnem, de iudicijs. Nouell. 4. circa finem l. incendium. C. ſi cert. pet. l. 5. de obligat. & action.* Inde igitur ſequitur pecuniam duntaxat compenſari. R. Creditorum nomen non vno modo accipitur. Videantur hic quoque quæ alibi dixi.

ALIVD.

Speciei ſiue corporis cum quantitate compenſatio admittitur. Igitur malè nos dicimus, ſolas res pondere, numero & menſura conſtantes compenſari. Antecedens multis modis probatur 1. l. 7. §. ob donationes, ſolut. matrim. vbi dicitur, ob donationes, item ob res amotas ex fructibus qui poſt diuortium percepti ſunt, compenſationes fieri poſſunt. 2. Generalitate verborum in §. in bonæfidei, Inſtit. de action. Si quid actorem inuicem præſtare oportet, eo compenſato, eum cum quo agitur, in

reliquum

reliquum condemnari oportet. 3. l. vltim. C. de compenſat. ibi Iuſtinianus ſtatuit quod compenſatio non ſolum in actionibus in perſonam, ſed etiam in actionibus in rem, quibus corpora perſequimur, locum habere debeat. 4. d. l. vltim. C. de compenſat. in qua Iuſtinianus excipit actionem momenti ſi quis alienam poſſeſsionē per vim occupārit & actionem depoſiti. Et poſſeſsio prædium ſignificat, ac corpora deponuntur. *l. Lucius Titius depoſit.* 5. l. ſi debeas, de compenſat. quæ cum decem aut homo, vtrum aduerſarius vellet, deberentur, ita compenſationem admittit ſi aduerſarius dixiſſet, vtrum voluiſſet, vt in noſtra 14. propoſitione dicitur. 6. l. 5. de impenſ. in rebus dotal. fact. Ibi impenſæ neceſſariæ cum dote compenſantur. 7. l. 1. §. Item ſi cum, ſi pars hereditat. pet. ibi ſextans hereditatis cum ſextante compenſatur. R. Multis in locis cum de corporibus actio eſt, dicitur, compenſationi locum eſſe. Sed hoc ita eſt accipiendum, corporibus ad æſtimationem redactis. AEſtimationis concurrentis quantitates compenſantur. Speciei cum quantitate compenſatio non admittitur, atque ita rectè Interpp. communiter ſentiunt, à quibus tamen Duarenus in d. l. 7. ſolut. matrim. diſcedit & malè.

A L I V D.

Omnes res totius mundi conſtant, pondere, numero & menſura. Igitur omnes res in compenſationem veniunt. R. Pondere, numero & menſura conſtare dicuntur, quæ in pari pondere, pari numero, & pari menſura ſemper æquiualent. Hoc de quantitate ſolum dici poteſt, non de alijs rebus, quæ in pari pondere, numero & menſura non æquiualent. Igitur ſolæ quantitates compenſantur.

A L I V D.

Aliud pro alio ſolui non poteſt inuito creditore, *l. 2. de rebus credit.* Sed cum pecunia cum pecunia compenſatur, aliud pro alio ſoluitur. Igitur pecunia etiam cum pecunia non compenſatur. Reſpon. cum pecunia compenſatur cum pecunia, non tàm aliud quàm illud ipſum quod debetur, ſolui videtur propterea quod pecunia cum pecunia mutuam functionem recipit, & tantum valet tua pecunia quantum mea.

Digitized by Google

ALIVD.

Ea tantum compenſantur quæ mutuam functionem recipiunt. Sed pecunia non recipit mutuam functionem cum pecunia *l. ſed ſi certos nummos, de legat. 1. ibi dicitur nummi permutationem non recipiunt, hoc eſt, mutuam functionem.* Ergo pecunia non compenſatur. R. Pecunia quandoque conſideratur vt quantitas, quandoque vt corpus. Cum conſideratur vt quantitas, mutuam functionem ſiue permutationem recipit, & compenſatur. At quando conſideratur vt corpus, non recipit mutuam functionem nec compenſatur. Sic corpora quandoque pro quantitate accipiuntur. *l. quod ſæpè. §. in his, de contrah. empt.* dum grex ibi annumeratur rebus quæ numero conſtant, ſi modò venierit ad numerum. Et tunc mutuum in corporibus conſiſtit ſcilicet, dato grege ad numerum, vt totidem capita reddantur eiuſdem qualitatis. Sic panes certi ponderis mutuo dari poſſunt, vt eiuſdem ponderis alij panes reddantur. Sic caro mutuo dari poteſt, carne in pondus data, vt caro reſtituatur. Sic in Leuitico. c. 26. dicitur, reddant panes ad pondus. Et in Luca c. 10. mulier quædam à vicina ſua accepit tres panes mutuo. Ac cum corpora pro quantitate accipiuntur, ſicut rectè tunc mutuò dantur, ita etiam corpora tunc compenſari poſſe, dicendum videtur.

ALIVD.

Delicta compenſantur cum delictis *l. viro, ſolut. matrimon. l. ſi ante h t. n.* Ergò malè dicimus ſolas quantitates compenſari. R. Solas quantitates dicimus compenſari, reſpectu corporum, vt corpora ex compenſatione remoueamus. Nec enim corporis cum corpore fit compenſatio. Aliàs autem, non quantitates tantum, ſed delicta quoque compenſantur. Et de compenſatione delictorum, noſtra non eſt inſtituta diſputatio.

VIII. Propoſitio.

Ac quidem hodiè compenſatio fit ipſo iure, non ſolum in bonæfidei iudicijs, ſed etiam in iudicijs ſtrictis.

ARGV-

ARGVMENTVM. I.

In petitione hereditatis compenſatio non fit ipſo iure, ſed oppoſita doli mali exceptione *l. vtiles, l. hereditas, l. final. de petition. hered.* Igitur malè nos dicimus ipſo iure compenſationem fieri. R. Olim erat differentia quoad compenſationem, inter bonæfidei iudicia & ſtricta. Nam in bonæfidei iudicijs, compenſatio ipſo iure fiebat. *§. in bonæfidei, Inſtitut. de action.* In ſtrictis non item. Sed Diuus Marcus etiam in illis compenſationem admiſit, oppoſita doli exceptione *d. §. in bonæfidei*, quæ iudicium ſtrictum reddit bonæfidei *l. Seia, de mortis cauſa donation.* Poſt D. Marcum, Iuriſconſulti compenſationem etiam in ſtrictis iudicijs ipſo iure receperunt, *l. poſteaquam h. t. n.* quod D. Seuerus ſua conſtitutione confirmauit *l. cum alter, h. t.* & tandem probauit Iuſtinianus *in l. final. C. de compenſat.* Petitio autem hereditatis vſque ad Iuſtiniani tempora, à quibuſdam inter bonæfidei iudicia, ab alijs inter ſtricta numerabatur. §. *fuerat, Inſtit. de action.* Et idcircò nonnulli exigunt, vt petitioni hereditatis opponatur doli exceptio, *vt in ll. ſuprà adductis.* Alij contrà ſenſerunt, *l. planè, de petition. hered. Ex iure antiquo ff. compoſitores illa nobis reliquerunt.*

ALIVD.

Compenſatio, certæ alicui petitioni deſtinari poteſt *l. quod Labeo ait, h. t. n.* Igitur non fit ipſo iure, diuerſa enim ſunt ipſo iure aliquid fieri, & noſtra deſtinatione. R. Ipſo iure fit compenſatio, & cum ipſo iure facta eſt, poteſt vni petitioni deſtinari, nec hoc impedit, quo minus ipſo iure facta dicatur. Verbi gratia debes mihi centum ex mutuo, alia item centum ex vendito. Ego tibi incipio debere centum. Hic ipſo iure fit compenſatio. Verum tu potes compenſationem deſtinare vni petitioni, hoc eſt, in tua poteſtate eſt, vtrum compenſationem mihi velis obijcere, cum centum ex mutuo à te peto, an cum peto à te centum ex vendito. Et compenſatio vni petitioni deſtinata, in cæteris non obijcitur.

ALIVD.

In 20. propoſitione dicimus fideiuſſorem eligere poſſe, vtrum

Digitized by Google

quod ipſi, an quod Reo debetur compenſare malit. Quia igitur electio eſt fideiuſſoris, dicendum videtur ipſo iure compenſationem non fieri. R. Ipſo iure fit compenſatio, electio autem eſt quaſi quædam deſignatio ſummæ, quam fideiuſſor compenſari vult, & compenſatio certæ petitioni deſtinari poteſt, vt ſuprà diximus.

ALIVD.

Si compenſatio ipſo iure fit, creditori nulla aduerſus debitorem amplius competit actio. At creditor aduerſus debitorem ſuum, actionem habet, vt in 4. noſtra propoſitione dicimus. Igitur compenſatio ipſo iure non fit. R. Ad minorem. Creditor aduerſus debitorem, actionem amplius non habet, quando ipſe viciſsim debitori ſuo cœpit debere. Verum fieri poteſt vt creditor facta compenſatione actionem aduerſus debitorem inſtituat, & hoc cum facit, poteſt debitor illum ſubmouere, dicendo ſe nihil creditori debere, propterea quod creditor ipſi viciſſim debeat, ſicque vnum debitum cum altero ſit compenſatum. Actionem inſtituit creditor de facto tantùm, non quod verè actio ipſi competat.

ALIVD.

Exceptio nihil aliud eſt quàm actionis excluſio *l. 2. de exception.* At reus, conuentus à creditore qui ipſi viciſsim debet, repellit creditorem agentem exceptione compenſationis. Hoc ſignificant illa verba, ſubmouet debitorem petentem, in 4. noſtra propoſitione. Igitur videtur adhuc dicendum, compenſationem ipſo iure factam non eſſe. Etenim ſi facta eſſet compenſatio, ipſo iure nulla ſupereſſet actio. At ſupereſt actio, quæ exceptione tollitur. R. Nego minorem, reus namque à creditore qui viciſsim ipſi debet conuentus, non habet exceptionem compenſationis. Ratio eſt, quia creditori nulla competit actio, & exceptio actionis eſt excluſio. Reus itaque conuentus, non excipit, verum negat ſe actione teneri, & allegat cauſam propter quam non teneatur vlla actione quia ſcilicet compenſatio facta ſit, *vt in ſimili Imperator loquitur in l. 3. C. de tranſact.* Et hæc cauſa omninò in iudicio allegandа eſt, ſicuti etiam exceptio, vbi eſt actio, proponenda eſt, alioquin proceditur & ſequitur condemnatio. Et hoc

hoc Imperatores volunt cum dicunt compenſationem objiciendam eſſe *l. ſi ex venditione & l. ſeq. C. de Compenſat.* Hoc quoque volumus in noſtra 4. propoſitione, dum dicimus creditorem eundemq; debitorem petentem ſubmoueri. Submouetur creditor idemque debitor petens per modum allegationis non exceptionis.

ALIVD.

Contraria hæc ſunt, ipſo iure aliquid fieri, & fieri tunc, ſi quis velit. Ipſo iure fieri dicitur quod fit legis ipſius authoritate & poteſtate, nullo facto hominis intercedente. Fieri tunc ſi quis velit dicitur, quod non ante fit quàm voluntas alicuius acceſſerit. Sed compenſatio tunc fit, cum quis vult & paratus eſt compenſare, vt in quarta propoſitione dicitur, & cùm fideiuſſor dicit, ſe compenſare velle quod ſibi debetur, vel quod Reo debetur, vt 20. propoſitio habet. Igitur compenſatio non fit ipſo iure. R. Compenſatio ipſo iure fit, legis ipſius vi & poteſtate, nullo facto hominis intercedente. Verũ vbi ipſo iure facta eſt, neceſsè eſt, vt quis hoc ipſum alleget & dicat. Et ſic ſemper, cum ipſo iure quid factum eſt, neceſsè eſt vt quis alleget & dicat ipſo iure id factum eſſe. Vt teſtamentum ratione præteritionis eſt nullum, neceſsè tamen eſt vt præteritus hoc dicat & petat declarari teſtamentum nullum eſſe, aliàs teſtamentum ſuſtinetur *l. filio præterito, & ibi Dd. de iniuſto, rupto & irrito fact. &c.* Sic Falcidia reſecat legata ipſo iure *l. linea margaritorum, ad l. Falcid.* neceſsè tamen eſt vt heres hoc alleget & petat, vt ex legatis ſibi Falcidia relinquatur, cum pars de legatis iam ipſo iure per l. Falcid. reſecta fuerit *l. patrem, de his quæ in fraud. creditor.* Sic Emphyteuta, Canonem non ſoluens intra biennium vel triennium, ipſo iure Emphyteuſi cadit, ſi tamen dominus alleget & dicat Emphyteutam ipſo iure emphyteuſi cecidiſſe, & petat ſententia iudicis ipſum declarari. Sic compenſatio fit ipſo iure, ſi tàm debitor paratus ſit compenſare. Si non vult, poteſt beneficium compenſationis contemnere.

ALIVD.

Si ipſo iure fit compenſatio, fruſtratoria eſt appellatio, hoc eſt,

eſt, non eſt neceſsè appellare à ſententia iudicis, qui aliquem condemnauit, vbi ipſo iure iam ante fuit facta compenſatio. Appellatio autem fruſtratoria non eſt, hoc eſt, appellandum eſt, vbi iudex condemnauit eum qui nihil debebat, propterea quod compenſatio facta fuit iam antè *l. 1. §. final. quæ ſentent. ſine appellatione reſcindantur.* Igitur ipſo iure compenſatio non fit. R. Hoc argumentum mouet Tindarus in tractat. ſuo, de compenſat. & ita reſpondendum eſt. Fit compenſatio ipſo iure. Etſi iudex compenſationis rationem non habuerit, ſed Reum condemnauerit non eſt neceſſe appellare. Tutius tamen aget ſi appellauerit. Hoc volunt illa verba: magis eſt vt appellatio interponatur. Etiam cum ipſo iure fit compenſatio doli mali exceptio neceſſaria eſt *l. vnum ex familia. §. ſed ſi vno, de legat. 2. Ibi dicitur, tacitam compenſationem induci, hoc eſt, ipſo iure fieri compenſationem, & tamen opponendam eſſe doli mali exceptionem.* Igitur malè hoc negamus. R. In d. §. ſed ſi vno, hoc non dicitur, quod opponenda ſit doli mali exceptio, ſed dicitur compenſationem fieri ipſo iure, ratione exceptionis doli, quòd nihil aliud eſt dicere quàm ideò ipſo iure fieri compenſationem, quia doli mali exceptio ineſt. Olim ſtrictis negotijs non inerat doli mali exceptio, ſed negotijs bonæfidei tantum *l. huiuſmodi 84. §. qui ſeruum, de legat. 1. l. ſed etſi ideò 21. §. final. ſolut. matrimon.* Hodiè doli mali exceptio ineſt etiam ſtrictis iudicijs ex cauſa compenſationis, quia compenſatio fit ipſo iure, non ex alijs cauſis. *Cuiacius lib. 15. obſeruat. c. 1.*

IX. Propoſitio.

Sed hoc tum demum procedit, cum debitum liquidum eſt & præſens.

X.

Quod in diem debetur, non compenſatur, antequam dies veniat, quanquam dari oporteat.

ARGVMENTVM. I.

Dicimus debitum in diem non compenſari antequam dies venerit. Obſtat l. cum militi. §. final. h. t. Ibi Titius mihi condemnatus

demnatus fuit in centum, eique datum eſt tempus ad ſoluendum. Ego Titio incipio debere centum, & Titius à me centum illa petit. Hic compenſatio locum habet, quamuis dies iudicati faciendi nondum venerit. Igitur debitum in diem compenſatur etiam antequam dies venerit. R. Nos hic loquimur de die, à contrahentibus appoſito. Et quod in diem à contrahentibus appoſito debetur, non compenſatur, antequam dies venerit. Secus eſt in die ſiue tempore, quod iudicatis & confeſsis in iure ad ſoluendum dari ſolet. Id tempus ex 12. tabul. eſt 30 dierum. Sic enim habuerunt 12. tabulæ æris confeſsi, rebuſque iure iudicatis, 30. dies iuſti ſunto. *Gellius lib. 20. c. 1.* Poſtea ex alia quadam lege dari cœperunt duo menſes iudicato faciendo *l. 1. C. Theod. de vſur. rei iudicat. l. 3. §. final. C. de vſur. rei iudicat. Cuiac. lib. 3. obſeruat. c. 39.* Hodiè ex Iuſtiniani conſtitutione dantur quatuor menſes *l. 2. C. de vſur. rei iudicat.* Et hoc tempus datur iudicatis humanitatis gratia *vt dicitur in d. l. ſi cum militi, h. t.* & vt Conſtantinus Harmenopol. inquit πρὸς περιθάλψιν hoc eſt, vt condemnatus reſpirare poſsit. Et de tempore quod datur iudicatis ad ſoluendum *eſt d. l. ſi cum militi.* Ibi Iuriſconſultus rationem diuerſitatis aſsignat inter diem à contrahentibus appoſitum, & inter diem qui datur iudicatis ad ſoluendum. Aliud inquit eſt diem obligationis non veniſſe, aliud humanitatis gratia tempus indulgeri ſolutionis.

A L I V D.

Actioni depoſiti, non obijcitur compenſatio quamuis debitum liquidum fuerit & præſens *l. vltim. C. de compenſation. §. in bonæfidei, Inſtitut. de action.* Igitur falſa eſt 9. noſtra propoſitio. Reſpon. Omnibus actionibus & bonæfidei & ſtrictis obijcitur compenſatio ſed non actioni depoſito. Ratio eſt, quod depoſitum eſt optimæ fidei, hoc eſt, maiorem, ampliorem & vberiorem bonam fidem requirit, quàm reliqui contractus omnes qui à bona fide nomen habent. Intelligitur ex eo, quod actio depoſiti eſt famoſa *l. 6. §. illud, ex quib. cauſis infam. irrogatur.* Et quod depoſitarum rerum ratio anteponitur priuilegijs *l. ſi hominem §. vltim. Depoſiti.* Et denique quod Chirographis depoſitarum rerum, non obijcitur exceptio non numeratæ pecuniæ *l. in contractibus. C. de*

non numerat. pecun. Et quamuis Iuſtinianus in d. l. vltim. C. de compenſation. & in §. In bonæfidei. Inſtitut. de action. innuat ſe conſtituiſſe vt actioni depoſiti non obijciatur compenſatio: tam multò ante tempora Iuſtiniani id obtinuit. Nam Paulus in 2. ſentent. tit. 12. ſcribit. In cauſa depoſiti compenſationi non eſt locus, ſed ipſa res reddenda eſt.

ALIVD.

In actione momenti, ceſſat compenſatio *d. l. vlt. C. de compenſat.* Igitur &c. Sicuti actio depoſiti excipitur in d. l. vlt. ita quoque actio momenti. Nam actioni momenti non obijcitur compenſatio. Appellatio quoque in actione momenti locum non habet *l. vnic. C. ſi de moment. poſſ. fuerit appellatũ.* Ratio eſt, quia Reipublicæ intereſt, vt poſſeſſio per vim alicui erepta, quàmprimum reſtituatur. Et res eſſet mali exempli, poſſeſſionem alicui eripere, & ſe poſtea compenſatione defendere. Actio verò momenti ſignificat omnem actionem repetendæ poſſeſſionis vi vel alio modo ereptæ. Dicitur momentanea poſſeſſio, *l. momentaneæ. C. vnde vi*, & actoris reformatio: *l. ſi coloni. C. de agricol. & cenſit. lib. 11.* & celeris executio, redhibitio *l. 5. C. Theod. de denunciation. l. 4. C. Theodo. vnde vi l. 1. C. Theodo. de inquilin. & colon.*

ALIVD.

Actioni ex ſtipulatu de dote, non obijcitur compenſatio *l. vnic. §. taceat. C. de rei vxor. action.* R. Hæc actio multa habet ſingularia. Nam etſi interpoſita à contrahentibus non fuerit: tamen ſoluto matrimonio competit & interceſſiſſe fingitur *l. vnic. C. de rei vxor. action.* Numeratur etiam inter bonæfidei iudicia, cum alioquin ſtipulationes ſint ſtricti iuris. *§. fuerat, Inſtitut. de action.* Et mulier agens actione ex ſtipulatu dotis nomine, omnibus creditoribus mariti tempore anterioribus præfertur *l. in rebus dotalibus. C. de iure dot.* etiam expreſſam hypothecam habentibus. *l. aſſiduis. C. qui potiores in pignor. habeantur.* Inter hæc & alia ſingularia, *Duarenus in l. 1. & 7. ſolut. matrimon.* numerat etiam illud quod actioni ex ſtipulatu de dote, non obijcitur compenſatio *d. l. vnic. §. taceat.* verùm hoc Zaſio *in d. tit ſolut. matrim. quemad. &c. & lib. 2. ſingular. intellect. & com-*

Digitized by Google

& communiter. Dd. nõ placet & vt ego quidem exiſtimo rectiſsimè. Retentiones enim Iuſtinianus ſuſtulit ſed non compenſationes. Retentiones fiebant varijs ex cauſis, id eſt, maritus propter varias cauſas dotem poterat retinere, propter liberos, propter mores maiores & leuiores propter res donatas, propter impenſas *vt eleganter ab Vlpiano traditum eſt in fragment. tit. 6. de dotibus.* Vt ſi fundus erat in dotem datus, maritus propter impenſas neceſſarias, poterat fundum retinere donec ei ſatisfactum eſſet. *l. quod dicitur, de impenſis in res dotales factis.* Hoc Iuſtinianus ſuſtulit *in d. l. vnic. §. taceat. C. de rei vxor. action.* Verum ſi maritus in dotem acceperat centum, vel corpora æſtimata propter impenſas neceſſarias, ipſo iure fiebat dotis diminutio, hoc eſt, compenſabantur impenſæ neceſſariæ cum dote vel parte dotis *d. l. quod dicitur.* Et hoc Iuſtinianus non ſuſtulit *in d. §. taceat.* Nam inquit impenſæ neceſſariæ dotis minuunt quantitatem, poſteaque loquitur de vtilibus tantum impenſis propter quas retentiones fiebant, & hoc tollit. Apertè igitur *d. l. quod dicitur* de impenſ. in res dotal. fact. diſtinguit inter retentionem & diminutionem quæ ipſo iure fiebat propter impenſas. Apertè quoque Iuſtinianus *in d. §. taceat*, retentiones tollit, diminutionem quæ ipſo iure fiebat, hoc eſt compenſationem non tollit.

A L I V D.

Actioni commodati, non obijcitur compenſatio. *l. prætextu, eſt l. final. C. de commod.* Ergo &c. R. In commodato, compenſatio locum habet. *Textus eſt expreſſus in l. in rebus commodatis. §. final. Commod.* Nec obſtat d. l. final. Nam ea hoc vult quod propter pecuniam creditam, non impeditur reſtitutio corporis commodati, quod & de qualibet alia actione dici poteſt. *Iacobus Cuiacius in poſterioribus notis ad Inſtit. tit. de action. §. fuerat.* Vulgò reſpondent Imperatorem in d. l. final. loqui de debito illiquido, quia inquit, prætextu debiti. Sed hoc verbum prætextus, certam debiti cauſam præſupponit *l. vnic. Codice de nundinis. l. 3. Codice, ne fiſcus procurationem &c.* Alij pro commodati legunt commendati. Ac commendatum nihil aliud eſt quàm depoſitum *l. Lucius Titius, depoſit. Iſidorus in 5. Etymolog.*

Digitized by Google

Paulus in 2. ſentent. 12. & in depoſito, compenſatio locum non habet.

ALIVD.

In l. 6. C. de compenſation. conſtitit maritum vxori debere, & tamen ab Imperatore eſt reſcriptum, æquum non eſſe, vt maritus ſoluat antequam mulier mutuæ petitioni reſponderit. Igitur debitum etiam illiquidum compenſatur cum debito liquido. R. Hoc non dicitur in d. l. 6. C. de compenſation. quod debitum illiquidum, compenſetur cum debito liquido. Sed hoc tantum dicitur, quod maritus qui vxori condemnatus fuit, non teneatur ſtatim ſoluere, ſed tunc demum cum etiam in cauſa viri, pronunciatum fuerit. Tunc vtriuſque debiti fiet compenſatio, vſque ad concurrentem quantitatem, quod excedit concurrentem quantitatem, ſoluendum erit. Et hoc fit propterea quod mutuæ petitiones inſtitutæ fuerunt, vt ex facti ſpecie rectius intelligetur. Species hæc eſt. Vir facto diuortio egit rerum amotarum, mulier viciſsim egit ex ſtipulatu apud eundem iudicem. Hic mutuæ ſunt petitiones, & quod alter alteri debet, compenſabitur. Verum ſi prius conſtiterit ſententia iudicis de eo quod vir debet mulieri ex ſtipulatu, non propterea vir ſtatim cogetur ſoluere, ſed exſpectabitur donec pronuncietur etiam de rebus amotis.

XI. Propoſitio.

Sed & certum debet eſſe debitum, non incertum. Et ideò ſi debeas decem aut hominem, vtrum aduerſarius volet, ita compenſatio huius debiti admittitur, ſi aduerſarius palàm dixiſſet, vtrum voluiſſet.

XII.

Debitum certo loco ſoluendum compenſari poteſt, cum ſua tamen cauſa, id eſt, vt ratio habeatur eius loci, quo conuenit pecuniam dari.

XIII.

In compenſationem etiam id deducitur quo nomine cum actore lis conteſtata eſt, ne diligentior quiſque

Digitized by Google

que deterioris conditionis habeatur, ſi compenſatio ei denegetur.

XIV.

Itaque & in rem ſuam procurator datus, poſt litis conteſtationem, ſi vice mutua conueniuntur, æquitate compenſationis vtetur.

XV.

Creditor tamen compenſare non cogitur, quod alij quàm debitori ſuo debet, quamuis creditor eius pro eo qui conuenitur, ob debitum proprium velit compenſare.

XVI.

Sic id quod pupillorum nomine debetur, ſi tutor petat, non poterit compenſatio obijci eius pecuniæ, quam ipſe tutor ſuo nomine aduerſario debet.

XVII.

Non ſolum in priuatorum cauſis, verum etiam in cauſa fiſci, itemque ciuitatum, compenſatio admittitur.

XVIII.

Si modò eadem ſtatio quid debeat, quæ petit, quod propter confuſionem diuerſorum officiorum obſeruandum eſſe à Diuo Antonino eſt reſcriptum.

XIX.

Compenſatione etiam fideiuſſor vtitur, ac verum eſt, quod & Neratio placebat & Pomponius ait, ipſo iure eo minus fideiuſſorem ex omni contractu debere, quod ex compenſatione reus retinere poteſt. Sicut enim cum totum peto à Reo, malè peto, ita & fideiuſſor non tenetur ipſo iure in maiorem quantitatem, quàm Reus condemnari poteſt.

XX.

Si quid à fideiuſſore petitur, æquiſſimum eſt eligere fideiuſſorem vtrum quod ipſi, an quod Reo debetur, compenſare malit, ſed etſi vtrumque velit compenſare, audiendus eſt.

XXI.

Denique compenſatio pro ſolutione eſt, eaque debitor & acceſſiones non minus liberantur, quàm ſolutione.

Quæ pertinere videntur ad haſce propoſitiones, habentur in tractatu de Compenſationibus.

DISPVTATIO

DE VSVRIS.

Quam defendit,

STATIVS CALENIVS Brunſuicenſis.

Vſuræ iure diuino videntur prohibitæ eſſe.

Exod. 22. ſi pecuniam mutuam dederis populo meo pauperi qui habitat tecum, non vrgebis eum, nec vſuris opprimes, Leuit. 25. Pecuniam tuam non dabis ei fœnori.

Deuteron. 23. Non fœnerabis fratri tuo pecuniam, nec fruges, nec quamlibet aliam rem. Et Pſalmo 14. Quis habitabit in tabernaculo tuo? qui pecuniam ſuam non dedit ad vſuras. Lucæ 6. Mutuum date, nihil inde ſperantes. Reſpondendum eſt hoc modo. Iure diuino vſuræ prohibentur, non lucri cauſa eius qui pecuniam dedit, ſed ne proximo noceatur, ne illum vexemus, ne lucri noſtri cauſa illi noceamus, quod clarè oſtendere

332
dere videntur illa verba, non vrgebis eum, nec vſuris opprimes.

Vſuræ iure naturali videntur prohibitæ.

Res natura ſterilis, nullum parit fructum. Id contra naturam eſt. Pecunia eſt res natura ſterilis. Igitur nullum parit fructum. Reſpondendum eſt hoc modo. Interdum nomen fructus propriè ſumitur, interdum impropriè. Propriè fructus dicuntur, qui ex re ipſa enaſcuntur, ſiue per ſe & ſua natura naſcantur, ſiue tunc demum, cum factum hominis intercedit. Et huiuſmodi fructus, pecunia res natura ſterilis, non parit. Impropriè fructus dicuntur, qui non ex re ipſa naſcuntur, ſed aliàs ex re aut rei occaſione percipiuntur. Huiuſmodi fructus ſunt vſuræ, penſiones, mercedes, vecturæ iumentorum, cæteræque obuentiones. Et tales fructus pecunia parit, talium fructuum reſpectu, pecunia non eſt ſterilis *l. ſi benè de vſuris* Imò ſterileſcere dicitur pecunia quæ fœnore occupata non eſt *l. 7. de vſur. l. 3. §. vſuras, de contr. intel. action.*

ALIVD.

Legi naturæ contrarium eſt, quod alicui non dederis, id ab eo exigere. Vbi centum mutuo dediſti, & amplius quàm centum exigis & recipis, id exigis quod non dediſti. Videris igitur contra naturam facere. Reſpon. Maior vera eſt, ſi is cui rem meam dedi, nihil ex ea lucri aut commodi percipere poteſt. Secus eſt ſi commodum ex re mea ferre poteſt. Hoc caſu contra naturam non eſt, exigere quod non dedi, quod & Cicero teſtatur inquiens. Suæ vtilitati ſeruire quod ſine alterius iniuria fiat, conceſſum eſt, nec repugnat natura.

ALIVD.

Exigere aliquid pro re, cuius nullus eſt vſus, iure naturæ iniquum eſt. Pecuniæ nullus eſt vſus, maximè vbi iam conſumpta eſt. Ergò pecunia conſumpta iniquum eſt aliquid amplius exigere. Reſpondeo, Nego minorem. Quia licet pecunia conſumpta ſit, commodum tamen vſus durat, quia

eæ res

Digitized by Google

eæ res perſeuerant, ea commoda, quæ inde comparauimus, ex quibus maiores fructus quotidiè percipimus.

A L I V D.

Reipublicæ pernitioſa eſt vſura. Fœnerandi enim arte in Rempublicam inuecta, honeſtæ artes, & ad vitam colendam neceſſariæ, deſeruntur, & vnuſquiſque ſine ſudore mauult lucrum facere, pecunias fœnori collocando, quàm in alijs rebus exercendis, magno labore victum quærere. Magnos quoque tumultus fœneratorum cupiditas ſæpè excitauit. Quare videtur dicendum vſurarios non eſſe ferendos, cum ſalus populi debeat eſſe ſuprema lex. R. Quod dicitur Reipublicæ pernitioſam eſſe fœnerandi artem ſiue rationem, id de immodica fœnerandi ratione accipiendum eſt.

Vſuræ iure Ciuili videntur prohibitæ eſſe.

Theodoſius & Valentinianus volunt, omnes populos viuere debere ſecundum leges à Diuo Petro Romanis traditas *l. cunctos. C. de ſumma Trinitat.* At Diuus Petrus vſuras improbauit. Igitur iure quoque ciuili, vſuræ non ſunt permiſſæ. R. Conſtitutio Theodoſij & Valentiniani generalis eſt, cui poſtea per ſpeciales alias Imperatorum conſtitutiones derogatur. Et quando generalis datur conſtitutio, & poſtea ſpecialis in iure occurrit, hæc generali derogat. In toto enim iure, generi per ſpeciem derogatur *l. in toto, de R. I.*

A L I V D.

Illi res queſtui eſſe debet, cuius eſt periculo *l. is qui commodum. §. 1. Commod.* Sed pecunia credita, non eſt periculo creditoris. Ergò pecunia credita, creditori etiam non debet eſſe queſtui, & ſic per conſequens, creditor, vſuras nullas debet accipere. R. ad maiorem Maior vera eſt, niſi aliud inter contrahentes conuenerit. Ex conuentione, poteſt res eſſe queſtui etiam illi, cuius periculo non eſt. Et ſic ex conuentione, hoc eſt, ex pacto vel ſtipulatione, vſuræ debentur, licet pecuniæ creditæ periculum, non ad creditorem, ſed ad debitorem ſpectet. *l. incendium. C. ſi certum petatur.*

A L I-

Digitized by Google

ALIVD.

Iura ciuilia non dedignantur ſequi ſacros Canones. At ſacri Canones vſuras prohibent. Ergo &c. R. ad maiorem. Maior non eſt trahenda ad vſuras. Abſurdum quippe eſt, nullorum Imperatorum conſtitutiones quæ de vſuris latæ ſunt illo dicto, leges non dedignantur ſequi ſacros Canones, abrogari debere.

ALIVD.

Baſilius Imperator vſuras prohibuit. Eius conſtitutio refertur ab Harmenop *lib. 3. Epit. tit. 7.* Sed corruptè ibi Leoni adſcribitur, cum ſit Baſilij patris, vel Baſilij & Leonis ſimul. Ergo &c. R. Baſilius Imperator ſecutus eſt verba diuina quibus vſuræ prohibentur. Sed poſt mortem Baſilij, filius eius Leo, vſuras rurſus in vſum reuocauit, eiuſque conſtitutio extat. *Nouell. 83.*

ALIVD.

Ex ſorte & negociatione incerta, certum lucrum captare, iniquum eſt. Sed qui vſuras accipit, ex ſorte & negotiatione incerta, certum captat lucrum. Igitur hoc eſt iniquum. R. Primum ad maiorem. Maior non eſt perpetuò vera. Nam etiam ex ſorte & negociatione incerta, certum ſpectare lucrum, iniquum non eſt. Intelligitur id ex eo, quod captum piſcium vel auium, vel iactum miſsilium, quæ omnia ſunt incertiſsima, certo pretio emo. Deinde reſpondeo ad minorem. Non ſemper ſors & negotiatio eſt incerta, nec ſemper infeliciter ſuccedit, ſed vt plurimum feliciter. Et cum infelicius ſuccedit negociatio, ſemper creditor eius memor eſſe debet, quod in l. ſi benè, de vſur. ſcriptum eſt, creditorem non debere ſe acerbum exactorem, nec contumelioſum præbere, ſed moderatum, & cum efficacia benignum, & cum infantia humanum.

ALIVD.

Nemo debet locupletari cum alterius iactura & damno *l. nam hoc natura, de condiction. indebit. l. iure natura de R. I.* Sed qui vſuras accipit, locupletatur cum alterius iactura & damno. Ergo &c. R. Nego minorem. Nec enim qui vſuras accipit locupletatur cum alterius iactura, cum debitor ea pecunia quam mutuo accepit, multo plus lucretur quàm vſurarum nomine creditori

præſtet. Et inuerti poteſt argumentum hoc modo. Nemo debet locupletari cum alterius iactura. Sed qui pecuniam mutuam accepit, locupletaretur cum iactura creditoris, ſi pecunia creditoris vteretur & ea pecunia multum lucraretur, & è contrario creditori ſuo nihil præſtaret. Ergo &c.

ALIVD.

Mutuum, ſua natura gratuitum eſt *l. ſi tibi decem, de pact. l. rogaſti. §. 1. de rebus credit.* Ergò propter mutuationem, non licet vſuras accipere. R. Antecedens manifeſtè falſum eſt, ſicuti indicant *tot. tit. de vſur.* Quod verò decem mutuo datis, non naſcitur obligatio vltra decem, quamuis conuenerit vt vndecim redderentur, hoc ea fit ratione, quod re non poteſt contrahi obligatio, niſi quatenus datum eſt. *d. l. ſi tibi decem &c.*

ALIVD.

Ex re aliena, domino inuito, fructus queri non poteſt. Pecunia mutuo data eſt aliena. Ergo &c. R. Primum ad maiorem, vſuræ non præſtantur inuito debitore, ſed eo volente & conſentiente. Deinde ad minorem. Pecunia mutuo data, eſt aliena, hoc eſt, eſt debitoris. Hoc verum quidem eſt, ſed debitor tamen obligatus mihi eſt ad reddendam pecuniam. Ergo non poteſt pecunia illa dici omninò aliena.

ALIVD.

Nummo, reliquæ res æſtimantur. Ergò nummus æſtimari non poteſt. R. Cum vſura accipitur, nummus etiam non æſtimatur. Qualis enim illa eſſet æſtimatio, cum centum tibi mutuo do, & quinque vſurarum nomine in annum accipio. Hic certè nulla eſt nummi æſtimatio, ſed propter vſuras nummorum meorum, tu vſuram mihi ſoluis.

ALIVD.

Ex nihilo nihil fit. Fœnerator nihil perdit, quia ſolidum recipit. Ergo nec aliquid debet accipere, ne ex nihilo quid fiat. R. Nego minorem quia fœnerator perdit vſum ſuæ pecuniæ. Deinde etſi nihil perderet, tamen poſſet aliquid accipere, argumento locatoris qui ædes recipit, nihil perdit, & tamen locarium accipit.

Propo-

336

I. Propoſitio.

Vſura ab vſu nomen habet, ſecundum Varronem lib. 4. de lingu. latin.& Iſidor. lib.5.Etymol. idque ſummus legum vertex Papinianus probauit.

II.

Alij auctores vſuram etiam impendium vocant. Sed Iuriſconſulti nuſquam vſuram impendium nominant.

III.

Eſt autem vſura ad ſortem ſiue quantitatem acceſſio.

IV.

Species vſuræ duæ ſunt: quarum altera fœnus dicitur, altera generis nomen retinet & vſura appellatur.

V.

Fœnus à fœtu nuncupatur quod vſura nummorum fœtus eſt, ſicuti naturalis terræ fœtus fœnus appellatur. Eadem prorſus ratione vſura à Græcis τόκος, hoc eſt, partus dicitur, à τίκτω quod pario ſignificat, quod vſura eſt partus pecuniæ.

VI.

Eſt autem fœnus ad ſortem creditam, vſura ad ſortem ex quacunque alia cauſa debitam, acceſſio.

VII.

Quamuis verò Cato fœnerari cenſuerit, nihil aliud eſſe, quàm hominem occidere: & alij dixerunt, fœneratores fures eſſe rapaces, vnde veteres fœneratorem tanquam furem manifeſtum in quadruplum condemnarunt: tamen legibus Pandectarum, Codicis & Nouellarum conſtitutionum fœnus ſiue vſuram permiſſam eſſe, extra omnem eſt dubitationem.

Digitized by Google

ARGVMENTVM. I.

Definitio bona, non debet eſſe latior ſuo definito. Sed noſtra definitio vſuræ, eſt latior ſuo definito. Nam vſura definitur eſſe acceſsio, & acceſsionis nomen latiſsimè patet, & non ſolum vſuræ ſed etiam alijs multis rebus congruit. Ergo definitio noſtra vſuræ bona non eſt. R. ad minorem. Verum eſt quod acceſſionis verbum latiſsimè patet. Complectitur enim eius rei quæ in iudicium venit, cuiuſúe nomine actio, petitio perſecutio eſt, appendices, ſequelas, & conſequentias omnes vt vſuras quæ acceſsiones ſunt quantitatum, & fructus, qui prædiorum ruſticorum & pecorum ſunt acceſsiones, & mercedes ſiue penſiones, quæ prædiorum vrbanorum, mancipiorum, nauium acceſsiones ſunt. Cæterum nos non ita latè acceſsionis verbum accipimus, ſed ex adiunctis verbis id reſtringimus ad quantitatem. Vſura eſt acceſsio, ſed non quæuis acceſsio quæ fit ad quantitatem, hoc eſt, ad res, conſtantes pondere, numero & menſura.

ALIVD.

Rurſus ita inſto, definitio vſuræ latior adhuc eſt ſuo definito, quia congruit ei quod intereſt. Id enim quod intereſt, eſt ad ſortem acceſsio Ergo &c. R. Interdum id quod intereſt, eſt acceſſio ad ſortem ſiue quantitatem ſed non ſemper. Id namq; quod intereſt, accedit etiam ad corpora. Inde in l. vnic, C. de ſentent. quæ pro eo quod intereſt proferuntur, dicitur, in caſibus certis qui certam habent quantitatem vel naturam, id quod intereſt, duplum non debere excedere. Quantitatem vocat Imperator certam pecuniæ ſummam. Naturam, certum corpus.

ALIVD.

Dicimus vſuram ab vſu eſſe. Contra. Vſura eſt rerum conſtantium pondere, numero & menſura. Hæ enim res, quantitatis nomine ſignificantur & intelliguntur. At dictis rebus non vtimur, ſed abutimur. Ergò vſura non eſt ab vſu. R. Dum abutimur quantitatibus, ſimul etiam quantitatibus vtimur. Abuti ſiquidem nihil aliud eſt quàm vtendo inſumere.

ALIVD.

Malè dicimus vſuram eſſe ad quantitatem acceſsionem, quia etiam

Digitized by Google

etiam aureis & argenteis vaſis legatis, vſuræ ſunt præſtandæ *l. 3. §. final. de vſur.* R. Iuriſconſultus ſeipſum ibi explicat. Docet enim tum demum vſuras deberi cum vaſa ita legata ſunt vt venderentur &c.

ALIVD.

Pro auro, argento, veſte, facto Chirographo, licitas ſolui vel promitti vſuras iuſsimus *l. pro auro. C. de vſur.* Ergò non tantum ad quantitatem accedit vſura. R. Tantum ad quantitatem vſura accedit & pro veſte, auro vel argento accipitur vſura, æſtimata ſcilicet veſte, vel auro & argento æſtimato. AEſtimatio, obtinet vicem pecuniæ.

ALIVD.

Tutor debet vſuras pecuniæ pupillaris, licet pecunia vſus non fuerit. Ergò vſura non habet nomen ab vſu. R. Quamuis interdum fiat vt quis præſtet vſuras licet pecunia vſus non fuerit, tamen inde non ſequitur, vſuram ab vſu nomen non habere.

ALIVD.

Dicimus fœnus eſſe ad ſortem creditam acceſsionem. Credendi verbum generale eſt *l. 1. de rebus credit. l. creditores cum ll. ſeqq. de V. S.* At fœnus tantum eſt acceſsio ad pecuniam mutuo datam. Igitur malè dicitur eſſe acceſsio ad pecuniam creditam. Reſpon. Credendi verbum generale eſt, ſed propriè tamen ad mutuum pertinet, & ita propriè nos hic eo verbo vtimur.

ALIVD.

Dicimus fœnus eſſe ad ſortem creditam, vſuram ad ſortem ex quacunque alia cauſa debitam acceſsionem. Contra. Vſura ad ſortem creditam quoque accedit *l. lecta, de rebus creditis.* Ibi accepi à Publio Mæuio quindecim mutua, hoc eſt quindecim milia denariorum, & ſtipulanti promiſi me ea redditurum Calendis proximis, & ſi non redderem, promiſi centeſimam vſuram. Ecce hæc vſura non eſt fœnus, accedit tamen ad ſortem creditam. Igitur fœnus non tantum ad ſortem creditam, ſed etiam vſura, ad ſortem creditam accedit. R. Concedo totum argumentum. Et cum dicimus hic fœnus eſſe ad ſortem creditam, vſuram, ad ſortem ex quacunque alia cauſa debitam acceſsionem, non negamus, vſuram quoque ad ſortem creditam

Digitized by Google

accedere, ſed hoc dicimus, fœnus, tantum ad ſortem creditam, vſuram etiam ad ſortem ex quacunque alia cauſa debitam, acceſsionem eſſe, nec inficiamur ad creditam ſortem, vſuram accedere, ſed non tantum ad ſortem creditam, ſed ad quamcunq; aliam cauſam vſura accedit.

VIII. Propoſitio.

In contractibus bonæfidei, vſuræ debentur ex pacto in continenti adiecto. Pactum enim in continenti factum ineſt bonæfidei iudicijs.

IX.

Itemque ex mora.

X.

In contractibus ſtrictis ex ſtipulatione, non ex pacto, nec ex mora, imò nec etiam ex tempore litis conteſtatæ: quamuis id pluribus placuerit.

ARGVMENTVM I.

Actio ex teſtamento eſt ſtricta actio, quia non numeratur inter actiones bonæfidei, & receptum eſt ſtricti iuris actiones eſſe, quæ inter actiones bonæfidei non enumerantur *in §. actionum, Inſtitut. de action.* Sed in actione ex teſtamento debentur vſuræ ex mora *l. Titia Seio. §. 1. de legat. 2.* Igitur in actionibus ſtrictis debentur vſuræ ex mora. Reſpon. Ab eo quod dicimus in contractibus ſtrictis vſuras non deberi ex mora, excipi debet actio ex teſtamento. In actione ex teſtamento vſuræ debentur ex mora, ſicuti in contractibus bonæfidei. Ratio eſt, quod actio ex teſtamento, non cenſetur eodem iure ſtricto, quo reliquæ actiones ſtrictæ. Omnes actiones & bonæfidei & ſtricti iuris, bonam fidem deſiderant & requirunt. Sed in contractibus bonæfidei maximè requiritur bona fides, *vt Imperator loquitur in l. 5. C. de reſcindend. vendit.* Verbi gratia, in vtriſque contractibus exigitur, vt debita ſine mora reddantur, quæ pars eſt bonæfidei.
Sym-

Digitized by Google

Symmachus in Epiſtolis, Bonæ fidei debitor eſt qui moram non facit in reddendo. Seneca in initio declamationum memoriam ſuam bonæfidei vocat quod depoſita reddat ſine mora. Hoc autem vt debita ſine mora reddantur, in contractibus bonæfidei maximè exigitur, & ideò ex mora in contractibus bonæfidei vſuras veniunt *l. mora, de vſur. l. 2. C. depoſ.* In contractibus ſtrictis ex mora non veniunt. Porrò ex contractibus bonæfidei, alij alijs ampliorem & maiorem bonam fidem requirunt. Optimæ fidei eſt depoſitum. Ob id actio depoſiti eſt famoſa, reliquæ non ſunt. *l. 1. & 6. de his qui notant. infam.* Ob id Chirographis depoſitarum rerum, non opponitur exceptio non numeratæ pecuniæ *l. in contractibus. C. de non numer. pecun.* Ob id denique actioni depoſiti non obijcitur compenſatio *l. vltim. C. de compenſationibus.* Ad eundem modum non omnia negocia ſtricta, pari iure ſtricto cenſentur ſed bonafides quæ in illis quoq; ſpectatur, licet non tàm diligenter, vt in contractibus bonæfidei, in alijs magis ſpectatur in alijs minus. Magis ſpectatur in actione ex teſtamento quàm in actione ex ſtipulatu, in defuncti fauorem & gratiam, & idcircò in actione ex teſtamento vſuræ veniunt ex mora. In actione ex ſtipulatu & reliquis actionibus ſtrictis, ex mora non debentur.

ALIVD.

Pacta in continenti facta inſunt non ſolum bonæfidei contractibus ſed etiam contractibus ſtrictis *l. lecta, de rebus credit.* Igitur in contractibus etiam ſtrictis vſuræ debentur ex pacto in continenti adiecto. R. Pactum ex continenti factum ineſt etiam negocijs ſtrictis, ex parte rei tantum, non etiam ex parte actoris. Pactum quod ex continenti apponitur bonæfidei iudicio ineſt ex parte rei & ex parte actoris *l. iuriſgentium. §. quinimò, de pact. l. 3. de reſcindend. vendit. l. in bonæfidei contractib. C. de pact.* Quod autem ex parte rei tantum inſit contractui ſtricto pactum quod ex continenti adijcitur, id perſpicuè probat *d. l. lecta, de reb. credit.*

ALIVD.

Vſuræ pecuniæ creditæ ex tacito pacto debentur, & creditor vſuras ſeruare poteſt per retentionem fructuum rei ſibi pignoratæ,

Digitized by Google

ratæ. *l. 8. in quibus cauſis pign. tacitè contrah.* Ergò videtur dicendum vſuras pacto promiſſas deberi. Si enim tacitum pactum prodeſt ad retentionem, expreſſum pactum multò magis debet prodeſſe. R. Concedo totum argumentum rectè intellectum. Sicuti tacitum pactum prodeſt ad retentionem vſurarum, ita prodeſt expreſſum quoque ad retentionem, & vſuræ ex pacto tacito itemque expreſſo naturaliter debentur non ciuiliter. Hoc totum concedo. Cæterum ſi inde inferre voluerit, ex pacto expreſſo, ciuiliter vſuras deberi & poſſe peti, cum ex pacto tacito debeantur naturaliter, id negabo. Illud nunc notandum eſt ex pacto tacito vſuras ſeruari per retentionem fructuum rei pignoratæ, & quidem ad modum legitimum tantum *d. l. 8.* Nam tacita antichriſis eſt quæ modo legitimo cohercetur. Ex tacito autem pacto vſuræ non ſeruantur per retentionem ipſius rei pignoratæ. Retentione rei pignoratæ ſeruantur vſuræ debitæ ex conuentione, id eſt, pacto vel ſtipulatione *l. 4. & l. pignoribus. C. de vſuris.*

ALIVD.

Argentarijs debentur vſuræ ex pacto *Nouell. 136.* Igitur &c. R. Ab hac regula in contractibus ſtrictis vſuræ non debentur ex pacto, excipiendi ſunt argentarij, ijs debentur vſuræ ex pacto *διὰ τὸ χρήσιμον τῶν συναλλαγμάτων vt Iuſtinianus loquitur in Nouell. 4.* hoc eſt, propter vtilitatem iſtorum contractuum, propter vtilitatem argentariorum. Aut vt loquitur in d. Nouell. 136. *διὰ τὸ κοινὸν τῆς αὐτῶν λυσιτελείας, ἣν παρέχονται τοῖς συναλλάγμασι πολλοῖς ὁμιλοῦντες κινδύνοις ἵνα τὰς ἑτέρων θεραπεύσωσι χρείας.*

ALIVD.

Ciuitatibus debentur vſuræ creditarum ab eis pecuniarum ex pacto, *l. etiam de vſur.* Ergo &c. R. Hoc ſingulare eſt in ciuitatibus, ne facilè damnum patiantur.

ALIVD.

Mutuum eſt contractus ſtricti iuris. At vino mutuo dato, debentur vſuræ ex pacto *l. frumenti. C. de vſur.* Igitur in contractibus ſtrictis vſuræ debentur ex pacto. R. Rerum conſtantium men-

menſura, vſuræ debentur ex pacto. Ratio eſt hæc. Vini, olei, frumenti, & cæterarum rerum, quæ menſura conſtant æſtimatio & pretium ſubindè mutatur, locis temporibuſque varietatem adferentibus *l. pretia. §. vltim. ad l. Falcid. l. ideoq;. de eo quod certo loco. Plinius lib. 33. c. vltim.* Pretia rerum non ignoramus, alia alijs in locis eſſe, & omnibus penè annis mutari, prout nauigationes conſliterint, aut vt quiſque mercatus ſit, aut vt aliquis præualens manceps annonam flagellet. Itaque propter incertum precium harum rerum receptum eſt, vt vſuræ debeantur ex pacto nudo. Ob hanc ipſam cauſam, ſupradictæ res, grauiores vſuras recipiunt quàm pecunia mutua *l. oleo, C. de vſuris.*

ALIVD.

In l. 5. de nautico fœnor. dicitur vſuras ex pacto ſine ſtipulatione deberi. Et loquitur ea lex de pecunia mutua. Igitur in contractibus ſtrictis vſuræ debentur ex pacto. R. Lex 5. loquitur de nautico fœnore. Nautica pecunia eſt quæ trans mare vehitur, & nauigat periculo creditoris. Et ſi fortè merces ex ea pecunia comparatæ fuerint, traiectitiarum pecuniarum loco erũt, ſi modò creditor mercium inde comparatarum periculum in ſe ſuſceperit. Et propter periculum quod creditor in ſe ſuſcipit, duo habet, quæ alij creditores non habent. Primum enim nauticæ pecuniæ vſuræ illi debentur ex pacto. Deinde infinitas & immenſas vſuras poteſt accipere. Hoc eſt precium, hæc compenſatio periculi ſuſcepti.

ALIVD.

Vſuræ vicem fructuum obtinent *l. vſura, de vſur.* Fructus autem in contractibus ſtrictis debentur poſt acceptum iudicium *l. videamus. §. ſi actionem habeam, de vſur.* Ergò vſuræ debentur poſt litem conteſtatam. R. Vſuræ vicem fructuum obtinent in bonæfidei iudicijs tantum, itemque in legatis & fideicommiſsis, quæ bonæfidei iudicijs aſsimilantur. *d. l. vſura, de vſur.*

ALIVD.

Lite conteſtata vſuræ currunt *l. lite conteſtata, de vſur.* Ergò in contractibus ſtrictis poſt litis conteſtationem vſuræ debentur. R. Cum dicit Iuriſconſultus, lite conteſtata vſuræ currunt, hoc

Digitized by Google

dicit currere vſuras quæ ante litem conteſtatam debebantur etiam poſt litis conteſtationem, nec deſinunt deberi lite conteſtata. *Hæc eſt ſententia d. l. lite conteſtata, de vſur.* Ac nequaquam ICtus vult, quod in contractibus ſtrictis vſuræ poſt litis conteſtationem incipiant currere.

ALIVD.

Dedi Sempronio triginta pactuſque ſum vt ex vſuris tributum ſolueret fiſco ad finem modumque ſemiſsis vſuræ, & ſi minus quàm ſemiſſes vſuras tributorum nomine ſolueret, quod ſupereſſet ex ſemiſsibus vſuris, mihi præſtaret, & ſi maiores vſuras quàm ſemiſſes percepiſſet, ſibi haberet vſuras, quæ ſemiſſes vſuras excederent. Ita negocium inter me & Sempronium geſtum eſt. Quæritur qua actione quod ſupereſt ex ſemiſsibus vſuris petere à Sempronio poſsim? Iuriſconſultus in l. Titius Sempronio, de præſcript. verb. docet, me id quod ſupereſt conſequi poſſe actione præſcriptis verbis. Actio autem hæc præſcriptis verbis eſt ſtricta actio, quia actio præſcriptis verbis ſemper eſt ſtricta præterquam duobus caſibus, quando de æſtimato proponitur, & quando ex permutatione competit. *§. actionum autem. Inſtitut. de action.* Igitur videtur dicendum quod in actionibus etiam ſtrictis vſuræ debeantur ex pacto. Reſpon. Eſt quidem hæc actio præſcriptis verbis ſtricta, ſed tamen inſtar bonæ fidei iudicij habet, quia mandato comparatur, & mandatum videtur interceſsiſſe inter me & Sempronium vno tantum hoc excepto quod conuenit vt Sempronius ſibi haberet quod vltra ſemiſſem conſecuturus eſſet. Hoc fines mandati excedit, quia mandatum eſt gratuitum. *d. l. Titius Sempronio, de præſcript. verb.*

ALIVD.

Dicimus pacta in continenti facta ineſſe bonæ fidei iudicijs. Imò inſunt quoque ſtrictis iudicijs. Per ſtipulationis enim vel venditionis legem obligamur *l. venditor, Commun. prædior.* R. Iuriſconſultus hoc vult dicere illis verbis, quod per ſtipulationem adiectam venditioni obligamur, vel per pactionem adiectam venditioni. Non eſt hæc ſententia quod obligamur per pactionem adiectam ſtipulationi. Lex eſt non ſolum pactio, ſed & ſtipulatio facta ſtatim in ipſo contractu. *Iacobus Cuiacius in 8. ad*

Afri-

Digitized by Google

African. in explicat. l. Titius Sempronio. de præſcript. verb. Sic lex videtur ſtipulationem ſignificare *in l. cum allegas.15. C. de vſur.*

ALIVD.

Poſt litem conteſtatam, cauſa præſtanda eſt, *l.2.de vſur.* Sed vſura eſt cauſa. Ergo poſt litem conteſtatam, vſura eſt præſtanda. Reſpon. Nego minorem. Vſura non eſt cauſa, ſicuti ex definitione cauſæ apparet. Cauſa eſt eius rei quæ petitur qualitas, & omnis vtilitas, quæ circa eam eſt. Vſura non eſt qualitas rei, quia non ineſt rei, non eſt etiam vtilitas circa rem, quia non manat à reipſa, ſed eſt ex obligatione vel officio iudicis venit. Vſura igitur cauſa non eſt.

II. Propoſitio.

Solutæ tamen vſuræ ex pacti conuentione, neque vt indebitæ repetuntur, neque in ſortem computantur.

ARGVMENTVM I.

Dicimus vſuras ſolutas ex pacti conuentione, tanquam indebitas non repeti. Contra. Qui exceptionem perpetuam habet, ſolutum per errorem repetere poteſt. *l. qui exceptionem, de condiction. indebit.* At qui nudo pacto promiſit vſuras, habet exceptionem perpetuam. Pacti enim conuenti exceptio, perpetua eſt *vt dicitur in Inſtitut. de exception. §. appellantur autem.* Igitur videtur dicendum quod vſuræ ex pacti conuentione ſolutæ, maximè per errorem, repeti poſſunt. Reſpon. Maior propoſitio loquitur de illo, qui obligatus ita eſt, vt peti ab eo debitum poſſit. Hic ſi habeat exceptionem perpetuam, & per errorem ſoluat, ſolutum repetere poteſt. Nunc ad minorem. Qui nudo pacto promiſit vſuras, habet exceptionem perpetuam. Hoc falſum eſt. Nam qui nudo pacto vſuras promiſit, non eſt obligatus, ita vt vſuræ ab illo peti poſsint, cum ex pacto actio non detur. Cum obligatus non ſit ex pacto, non poteſt quoq; ipſi competere exceptio pacti. Et quod dicitur in Inſtit. exceptionẽ pacti eſſe perpetuã, hoc ita intelligendũ eſt, vt exceptio pacti perpetua, illi de-

Digitized by Google

qui cum obligatus erat creditori ſuo, cum creditore pactus eſt ne peteret. Hic conuentus, habet exceptionem pacti conuenti perpetuam. *d. §. appellantur autem. Inſtitut. de exceptionibus.*

ALIVD.

Quod indebitum eſt repeti poteſt, ſi per errorem ſolutum fuerit, *tot. tit. de condict. indeb.* Sed vſuræ nudo pacto promiſſæ, indebitæ ſunt. Ergo ſolutæ maximè per errorem repeti poſſunt. R. Maior loquitur de indebito omni iure, hoc eſt, iure naturali & ciuili. Minor loquitur de indebito ciuili. Vſuræ nudo pacto promiſſæ, indebitæ ſunt iure ciuili, Iure naturali autem debitæ. Et igitur ſolutæ non repetuntur.

XII. Propoſitio.

Vſura legitima olim fuit centeſima.

XIII.

Centeſima vſura eſt, quæ reddit quotannis duodecim ſolidos in centenos: ita enim Theophilus & Conſtantinus Harmen. rectè definierunt.

XIV.

Centeſima non ex eo dicitur, vt Iohan. Delareberteria & Iohan. Mercerus, & alij putárunt, quod centeſimo menſe æquat ſortem, ſed quòd ſortis centeſima pars ſit menſtrua vſura.

XV.

Et licet centeſima vſura grauis ſit, vnde Seneca lib. VII. de benef. cap. X. centeſimam ſanguinolentam appellat: tamen fœneratorum auaritia, raró centeſima contenta fuit.

XVI.

Ac propter fœneratorum auaritiam centeſima paulatim creuit. Arianus enim centeſimam definit, quo reddit quotannis in centenos ſolidos, duodecim ſolidos, & duodecim ſiliquas. Et hanc definitionem centeſimæ

vſuræ

vſuræ Iuſtinianus in Nouella XXXII. & Leo Imperator in Nouella LXXXIII. probârunt.

XVII.

Et Conſtantinus Harmenopulus lib.3.epito. titu. 7. centeſimam dicit eſſe, quæ reddit quotannis duodecim ſolidos in ſingulas libras, hoc eſt in 72. ſolidos.

XVIII.

Centeſima vſura, vſque ad Iuſtiniani Imperatoris tempora Romani vſi ſunt. Iuſtinianus poſteà conſtituit, vt viri illuſtres, & qui ſuper èos ſunt, accipiant trientes: argentarij & negotiatores beſſes: reliqui omnes ſemiſſes, quas Plinius lib.10.cap.4. ciuiles & modicas appellat.

ARGVMENTVM.

Dicimus legitimam vſuram, vſque ad Iuſtiniani tempora fuiſſe centeſimam, quod probat. l. 1. & 2. C. Theodo. de vſuris, & conſtat ex Paulo in 2. ſentent. libr. de vſuris, vbi ſcribit, vſuras ſupra centeſimam ſolutas ſorti imputari, quod ſcilicet ſupra centeſima iure non exigatur. Secundò probat. l. lecta de rebus creditis. Lex item 8. C. ſi certum petatur. Ea lex quam initio vocat centeſimam, poſteà appellat legitimam vſuram. Sic in l. 4. de nautico fœnore centeſimam vſuram ICtus appellat legitimã. Sed obſtat l. 1. C. de his, quibus vt indignis. In ea lege diſponitur, vt heres, qui teſtatoris vocem non vlciſcitur, hereditatem cum fructibus reſtituat, & pecuniæ, quam à debitoribus exegit, vel ex diſtractione hereditariarum rerum redegit, vſuras præſtet & dependat. Vſuras inquam ſemiſſes. Item obſtat. l. cum quidam. §. ſi debitores, de vſuris, vbi legitimæ vſuræ vocantur ſemiſſes. Si debitores, inquit, Iureconſultus, qui minores ſemiſsibus præſtabant vſuras, fiſci eſſe cœperunt, poſtquam ad fiſcum tranſierunt, ſemiſſes cogendi ſunt præſtare. Legitima igitur vſura non fuit centeſima R. quod in dd. ll. dicitur de vſuris ſemiſsibus, hoc eſt, ex Iuſtiniani conſtitutione, hoc eſt ex l. vlt. C de fiſcali: vſuris lib. 10. Ibi Iuſtinianus conſtituit, vt fiſcus non niſi ſemiſſes vſuras exigat,

Digitized by Google

ſiculi vulgus in l. eos. C. de vſuris. Et ex illa lege Tribonirus adiecit ad ll. ſupra dictas, hæc verba, ſemiſſes vſuras.

XIX. Propoſitio.

Certis tamen caſibus etiam hodiè centeſima debetur, vt in nautica pecunia, actione iudicati, ſi condemnatus poſt tempora iudicati non ſoluerit, & ſi quis pecuniam eius, cuius tutelam negotiaúe adminiſtrat, in ſuos vſus conuerterit.

ARGVMENTVM. I.

Dicimus hodiè in nautica pecunia centeſimam deberi. Atqui videtur dicendum, etiam olim vſuram nauticæ pecuniæ centeſimam duntaxat fuiſſe per l. 4. de nautico fœnore. R. Creditor pecuniæ nauticæ, in diem periculo præfinitum, immenſam vſuram ſtipulari vel paciſci poterat. Poſt eum diem non niſi centeſimam in menſes ſingulos ſtipulatur, quæ legitima erat vſura, vt ſuprà dictum eſt. Solebat etiam creditor, ſeruum vel libertum mittere vnà cum debitore. Et ob operas vel ſumtus huius ſerui vel liberti perſequentis & petentis pecuniam, creditor pœnam in ſingulos dies ſtipulabatur *l. traiectitia. de obligat. & act. l. qui Romæ. §. Callimachus. de verb. oblig.* Eaq; pœna & vſura centeſimam non poterat excedere, nec duplum ſortis. Et hoc eſt, quod Papinianus ait *in d. l. 4. de nautico fœnore*, eam pecuniam, quæ poſt diem periculi ob ſerui operas debetur, nec ſuprà centeſimam, nec ſuprà duplum deberi. Et verbum centeſimæ, quo Iereconſultus vtitur, non eſt ex conſtitutione Iuſtiniani, ſed merum ius vetus.

ALIVD.

Dicimus centeſimam deberi, ſi tutor pecuniam pupilli in ſuos vſus conuerterit. *l. tutor qui repertorium. de adminiſt. & pericul. l. 1. C. de vſuris pupilla. l. qui fine. §. de negot. geſtis.* Sed obſtat d. l. tutor, qui repertor §. ex cæteris cauſis, de admin. & peric. tuto. ibi dicitur, tutorē præſtare vſuras pro more prouinciæ, aut quincunces, aut trientes, aut leuiores. Ergo &c. R. Aut tutor in ſuos vſus pecuniā pupilli conuertit, & tunc legitimam vſuram præſtat, ſiue vt dicitur in d. l. qui fine, de negot. geſt. maximas vſuras, hoc eſt, centeſimā. Aut pecuniam pupilli non conuertit in ſuos vſus, & tunc præſtat vſuras, quæ in regione, frequentantur. ALI-

Digitized by Google

A L I V D.

Sed huic diſtinctioni aduerſari videtur l. idemq; §. ſi procurator. Mandati. Ibi Iuriſconſultus dicit, procuratorem, qui pecuniam in ſuos vſus conuertit, teneri in vſuras, quæ in regione frequentantur. Igitur non tenetur in maximas vſuras. R. Aut procurator, tutor, aut quiuis alius palam vertit pecuniam alienã in ſuos vſus, Aut verò clam. Si palam id faciat, ijs obligabitur vſuris, quæ in regione frequentantur. Si clàm, damnabitur in grauiſsimas vſuras.

XX. Propoſitio.

Qui ſemiſſes vſuras ſtipulatus eſt, & poſteà per aliquot annos quincunces accepit, pacti exceptione ſubmouetur, ſi ſemiſſes petat.

A R G V M E N T V M. I.

Dicimus eum, qui maiores vſuras debet, & poſtea per aliquot annos minores, præſtitit exceptione pacti defendi poſſe, ſi maiores vſuræ poſteà petantur. Diuturna præſtatio non inducit obligationem, vt ſi certis annis aliquid ſolui ex pacto nudo, id in poſterum ſoluere non teneor. *l. ſi certis annis. C. de pact.* Ergo nec diuturna præſtatio inducit liberationem. Reſpon. Diuturna præſtatio, atque ita pactum nudum, inducit liberationem, Obligationem non item. Ratio eſt, quia faciliores ſumus ad liberandum, quàm ad obligandum, ſi habemus occaſionem. *l. Arrianus, de obligat. & act.* Hinc inutilis acceptilatio, vtile habet pactum *l. an inutilis, de acceptil. l. ſi vnus. §. procul. de pact.* Inutilis ſtipulatio, vtile pactum non habet *l. 1. §. 1. de verborum obligationibus.*

A L I V D.

Obſtat. l. cum notiſsimi. §. In his C. de præſcript. 30. vel. 40. anno. Ibi Iuſtinianus conſtituit, quòd in promiſsionibus, legatis, vel alijs obligationibus, quæ dationem per ſingulos annos vel menſes continent, tempore præſcriptionum non ab exordio obligationis, ſed ab initio cuiuſq; anni vel menſis cõputari debeantur.

antur. Igitur aliquandiu minores vſuras ſoluit, nihilominus poſteà minores vſuras, quæ promiſſæ ſunt, ſoluere tenetur. R. Lex. cũ notiſsimi. C. de præſcripti. 30 anno loquitur de annuis præſtat. Qui annuatim ſex percipere debet, ſi per aliquot annos quinque tantum accipiat, ſex poſteà petere non prohibetur. Imò ſi per 30. vel plures annos quinque acceperit, poſtea nihilominus ſex petere poteſt præſcriptione non obſtante. In annuis verò præſtationibus, præſcriptio locum non habet. *d. l. cum notiſsimi.* Et hæc fuit ſententia Vltramontanorum *Crauetta de antiquitatibus tempor. 4. parte,* quam Camera Imperialis probauit. *Mynſinger. centu. 3. obſeruat. 13. And. Gail. lib. 2. pract. obſeruat. obſeru. 73.* reiecta ſententia Citramontanorum, quam defendit Schurff *conſi. 10. in 1. centur.* & ſequuntur Lipſenſes & VVitebergenſes, *vt ex conſtitu. Auguſti, parte 2. conſtitu. 2. & 3. videre licet.* Aliud dicimus in quæſtibus vſurarijs, *d. l. aduerſus. C. de vſuris. & l. qui ſemiſſes, de vſuris.*

FINIS PARTIS PRIMAE.
SOLI DEO GLORIA.

VITTORIO EMANUELE BIBLIOTECA NAZ. ROMA

Digitized by Google

Digitized by Google

FINE

Digitized by Google

LEGATORIA
R. SALVAREZZA

Digitized by Google